

# LA COMPRAVENTA Y LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD. UN ESTUDIO HISTÓRICO-COMPARATIVO ANTE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO\*

MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ\*\*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO II. LOS EFECTOS OBLIGATORIOS DE LA COMPRAVENTA ROMANA. III. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN DERECHO ROMANO: 1. La transmisión de la propiedad: Concepción romana e influencia de los derechos orientales. 2. Los modos de transmisión de la propiedad de carácter abstracto: a) *La Mancipatio*; b) *La In iure cessio*; 3. *La Traditio*. IV. LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO: 1. La teoría del título y el modo. 2. El sistema francés de transmisión por el mero consentimiento. 3. El sistema alemán: el contrato real abstracto V. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL: 1. La recepción del sistema clásico de transmisión causal en nuestro Derecho histórico. 2. La obligatoriedad de la compraventa en el Código civil español. VI. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO Y EL MÉTODO HISTÓRICO-COMPARATIVO. 1. Cuestiones previas. 2. Principales orientaciones metodológicas ante el reto de la unificación del Derecho privado europeo. 3. La idea de Zimmermann: El nuevo Derecho común europeo y el método histórico-comparativo. 4. Breves consideraciones sobre la aportación del estudio histórico a la Ciencia del Derecho. 5. Conclusiones.

## I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El tema de la compraventa y la transmisión de la propiedad presenta un gran atractivo, tanto desde el punto de vista histórico como desde la perspectiva de la dogmática jurídica moderna, pues –como dice KASER– *nos hallamos aquí ante uno de*

---

\* Este estudio tiene carácter divulgativo y es una versión resumida de un trabajo más amplio que se encuentra actualmente en preparación. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación cofinanciado por la UAM-CM para la creación y consolidación de grupos de trabajo del que soy la investigadora responsable titulado “La unificación del Derecho Privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro” con referencia CCGO6/HUM-0299

\*\* Profesora Contratada Doctora de Derecho Romano. Universidad Autónoma de Madrid (pilar.perez@uam.es).

*los problemas centrales de todo el Derecho Privado, en el cruce entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas. Los principios que aquí aparecen, determinan en gran medida la ordenación del Derecho Patrimonial*<sup>1</sup>.

En mi opinión, el estudio de los sistemas de transmisión de la propiedad en el panorama de las legislaciones europeas, debe ir necesariamente precedido de un estudio histórico-jurídico tanto en el terreno práctico, como en el legislativo y en el doctrinal, pues en esta materia, quizá más que en ninguna otra, la elaboración científica influyó de forma decisiva en la configuración institucional y finalmente, en la regulación positiva adoptada por las distintos Códigos nacionales<sup>2</sup>.

Sólo desde la perspectiva histórica, constataremos que los tres sistemas típicos de transmisión, que operan actualmente en el ámbito del Derecho continental europeo, no son tan contradictorios entre sí como, a primera vista, puedan parecer si observamos únicamente el punto de llegada. Todos ellos, derivan de un modo u otro del Derecho Romano, y concretamente, representan el final del desarrollo y evolución de la *traditio* romana. Así, el sistema de transmisión a través del título y el modo es producto de la revisión y reelaboración dogmática, por parte de la jurisprudencia medieval, del sistema de transmisión causal a través de entrega tal y como lo concibieron los juristas romano- clásicos<sup>3</sup>. El sistema francés de transmisión por el mero consentimiento deriva de la época postclásica, concretamente de la espiritualización que sufre la tradición por influencia de los derechos orientales, es –en este sentido en el que afirma KASER<sup>4</sup>– que «*tiene una raíz, si bien completamente enterrada, en el Derecho Vulgar*». Finalmente, el sistema alemán del contrato real abstracto, elaborado por SAVIGNY, tiene su origen en el *animus transferendi dominii* del Derecho Justiniano.

El objeto de este trabajo es demostrar cómo muchas instituciones y principios de origen romano informan y, aún están operativos, en los ordenamientos jurídicos actuales de base romana<sup>5</sup>. En este sentido, el método histórico-comparativo se nos revelará como un instrumento útil en la búsqueda de los *principios comunes* que informan el Derecho europeo y, por ende, en la metodología más adecuada para la consecución de un Derecho unitario para toda Europa, aspecto al que dedicaremos el último punto de este trabajo.

<sup>1</sup> KASER, M., *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática jurídica moderna*, Valladolid, 1962, pp. 7-8.

<sup>2</sup> Cfr. ÁLVAREZ SUAREZ, U., *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, p. 14.

<sup>3</sup> Cfr. JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, Madrid, Cuadernos D. Registral, Madrid, 2004, pp. 76 ss.

<sup>4</sup> KASER, *Compraventa y transmisión...* cit., p. 42.

<sup>5</sup> En este sentido, tiene razón Matilde CUENA CASAS cuando dice que la teoría del título y el modo – vigente en nuestro ordenamiento (art. 609 y 1095 del Cc.)– supuso una explicación científica de un fenómeno jurídicos sin que, ello, implicara la alteración del fenómeno mismo, *Función del poder de disposición en el sistema de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, Ed. Bosch, 1996, p. 232.

Abordaremos, en primer lugar, el sistema de transmisión de la propiedad en Derecho romano, que ofrece –también dentro de este ordenamiento– una dimensión histórica que no se puede ignorar y que quedó plasmada en la información que nos transmiten las fuentes. Analizaremos, después, qué hizo la posteridad con dicha información, en qué sentido se orientaron las soluciones de los juristas medievales y cuál fue el sistema finalmente acogido por las principales codificaciones nacionales.

La complejidad y extensión de este tema, nos obligará en el ámbito de una lección, a centrarnos en los aspectos fundamentales, prescindiendo del análisis detallado de las fuentes y dejando al margen las controversias doctrinales<sup>6</sup>.

## II. LOS EFECTOS OBLIGATORIOS DE LA COMPRAVENTA ROMANA

La característica genuina de la compraventa romana es la mera obligatoriedad<sup>7</sup>. En ningún otro pueblo de la antigüedad se concibe el negocio con esta estructura, sino que se configura como venta real o al contado<sup>8</sup>. Ni siquiera las exigencias del tráfico jurídico, que entre los romanos hizo surgir la refinada concepción de la venta obligatoria, llevó al Derecho helénico a desligarse de la idea de la venta manual, donde la cosa vendida (*merx*) se coloca en lugar del precio (*pretium*) lo que, en otras palabras, quiere decir que sólo previo pago se transmite la propiedad (el llamado *Surrogationprinzip*). Para el caso de venta a plazo, fingían la realización de otro negocio como el mutuo (préstamo) de una cantidad de dinero por parte del vendedor al comprador y cuando éste no paga, el vendedor opera a través de la acción que surge del préstamo de dinero. De este modo, en los pueblos orientales, se ignora la distinción netamente romana entre el contrato, productor de obligaciones, y el negocio jurídico real, con el que se realiza el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, que puede ser simultáneo o dejarse para un momento posterior, y que consiste en la efectiva entrega de la cosa y del precio.

En Derecho romano clásico se afirmó el principio –no derogado nunca– de que el mero acuerdo de voluntades no transmite la propiedad de la cosa vendida, sino que era necesaria la realización de alguno de los actos traslativos del dominio reconocidos por el ordenamiento, según las cosas fuesen *mancipi* o *nec mancipi*. En el primer

---

<sup>6</sup> El estudio de las cuestiones que aquí quedan apuntadas serán objeto de estudio más detallado en otro lugar.

<sup>7</sup> ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, 2ª edic., Ed. Jovene, 1961, p. 337.

<sup>8</sup> La generalidad de la doctrina coincide en afirmar al inexistencia de la compraventa como negocio obligatorio entre los derechos griegos y greco egipcios. Vid. ARCHI, G.G., *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Milano, Ed. Cedam, 1934, pp. 198 y ss.

caso, era preceptiva la celebración de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, en el segundo, bastaba con la entrega (*traditio*)<sup>9</sup>.

De lo dicho, se deriva que la compraventa no tuvo efectos reales en Roma. En este sentido, es curioso observar la sorpresa –apuntada ya hace tiempo<sup>10</sup> y que cualquier profesor de Derecho podrá suscribir– con la que reciben nuestros alumnos la afirmación categórica de que la compraventa no transmite la propiedad de la cosa vendida sino que es sólo un contrato productor de obligaciones. Esta característica de la mera obligatoriedad ha pasado a nuestro ordenamiento, pues el Código Civil configura este contrato bajo el patrón del Derecho Romano, de forma que la compraventa por sí misma, a diferencia de lo que ocurre en Derecho Francés o italiano, no tiene efectos traslativos del dominio<sup>11</sup>.

Las obligaciones de las partes surgen una vez perfeccionado el contrato a través del mero consentimiento (*consensu contrahuntur*)<sup>12</sup>, concretamente –según informa GAYO– desde el momento en que las partes se ponen de *acuerdo en el precio, aunque éste no haya sido pagado todavía*. A partir entonces surgen las obligaciones de las partes que serán inmediatamente exigibles, salvo que hayan fijado un plazo para su cumplimiento. El comprador (*emptor*) vendrá obligado esencialmente a pagar el precio y el vendedor (*venditor*) a entregar la cosa, pero no se le exige que haga propietario al comprador del objeto vendido. En este sentido, no hay duda en las fuentes, los textos que se conservan son unívocos<sup>13</sup>: la compraventa romana se caracteriza porque el vendedor no está obligado a *dare*, que en sentido técnico significa transmitir la propiedad, sino a *tradere possessionem* o a *vacua possessio tradere* (obligación de *facere*), que consiste en proporcionar una posesión libre y pacífica de la cosa vendida. Esta obligación aparece más extraña si se la compara con la del comprador de entregar la propiedad del precio y así lo indica PAULO en D.19.4.1.pr., perteneciente al libro 32 (o, más probablemente, del libro 33)<sup>14</sup> de los Comentarios al Edicto, donde se afirma que difieren mucho las prestaciones del vendedor y el comprador:

<sup>9</sup> Sobre los modos de transmisión de la propiedad en Derecho romano, trataremos en el apartado siguiente.

<sup>10</sup> BÄHR, O., «Zur Beritzlehre», *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, 26 (Jena, 1888) (Edic. facsímil Frankfurt, 1967), p. 320.

<sup>11</sup> *Vid. infra* apartado V.2

<sup>12</sup> Gayo 3.135.- 137. Otros juristas también recogen los caracteres de la consensualidad, *vid.* D.44.7.52.9 y 10 (*Modest. l.2 regular.*) y D.17.2.4.pr. (*Modest. l.3 regular.*) y D.21.2.12. (*Scaev. l. 2 respons.*).

<sup>13</sup> Este principio se haya formulado muchas veces en las fuentes, tanto en sentido negativo al indicar que «el vendedor no tiene que entregar la propiedad de la cosa vendida» (*Vid.* entre otros, D.18.1.25.1 (*Ulp. l. 34 ad ed.*); D.19.1.30.1 (*African. l.8 quaest.*); C.8.44.3 (Severo y Caracalla, año 210), como en sentido afirmativo al indicar de modo directo que la obligación esencial del vendedor es la entrega de la posesión de la cosa vendida (*Vid.* entre otros, D.19.1.50 (*Lab., l.4 post. a Iavol. epitom.*); D.18.1.78.2 (*Lab., l.4 epitom. a Iavol. epitom.*) D.19.1.11.8 (*Ulp. l. 32 ad ed.*) y D.19.1.11.13 (*Ulp. l.32 ad ed.*)).

<sup>14</sup> El libro 32, que es el que actualmente aparece, trataba de las acciones que surgen del mandato y la sociedad, por este motivo, muchos autores –siguiendo a LENEL [*Das edictum perpetuum... cit.*, p. 299, n. 3 y p. 300, n.5 (parágr. 110, 111 y 112)]– lo corrigen por el libro 33 de la misma obra, donde el jurista trataba de la compraventa.

... *multum differunt praestationes, emptor enim nisi unimos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, vendituri sufficit ob evictionem obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet*<sup>15</sup>

Mientras que el comprador viene obligado a transmitir la propiedad del dinero, al vendedor no se le exige que transfiera la titularidad del objeto vendido. Únicamente viene obligado a hacer la entrega de la cosa y a garantizar al comprador en la posesión de la misma hasta que se produzca la adquisición de la propiedad por usucapión y, si en el entretiem po, alguien reivindica la cosa, el vendedor únicamente vendrá obligado a responder frente al comprador por evicción. Como consecuencia, el vendedor podrá intentar la acción de venta si demuestra que el dinero no le ha sido entregado en propiedad, pero el comprador, no podrá intentar la acción de compra por incumplimiento, por el mero hecho de que la cosa entregada no resulte propiedad del vendedor, sino que deberá esperar a que se produzca la eventual evicción para poder usar los remedios oportunos.

Desde luego que el vendedor debe proceder a la entrega de la cosa, pues si no cumple con su principal deber, el comprador podrá exigirle su cumplimiento a través de la *actio empti* (acción de compra) que conlleva la condena a indemnizar al *id quod interest*<sup>16</sup>, donde el juez tendrá en cuenta tanto el daño emergente (la efectiva pérdida sufrida como consecuencia del incumplimiento del demandado) como el lucro cesante (lo que ha dejado de percibir).

Pero veamos en qué se traduce su obligación de entrega: en Derecho justiniano, al igual que ocurre actualmente en nuestro ordenamiento, el vendedor cumple con su obligación de entregar al realizar, el único acto que aquel derecho reconoce como traslativo del dominio, la tradición. En este caso, si el vendedor es dueño de la cosa vendida realizada la *traditio*, transferirá el dominio; pero si no es propietario, únicamente transmitirá el poder que tuviera sobre la misma y el comprador nada podrá reclamarle, salvo que un tercero reivindique la cosa en el entretiem po en que está usucapiendo. En Derecho clásico, las cosas se desarrollan de igual modo para las *res nec Mancipi*, pero la existencia de la especial categoría de las *res Mancipi* hace que la doctrina se haya planteado si la obligación de entrega conlleva también la obligación de realizar la *Mancipatio* o la *in iure cessio*. En mi opinión, ninguno de

<sup>15</sup> «... y difieren mucho las prestaciones. Porque, el comprador si no hubiere hecho del que lo recibe el dinero, se obliga por la acción de venta, y al vendedor le basta obligarse por razón de evicción a entregar la posesión, y a justificarse de dolo malo, y así si la cosa no hubiese sido reivindicada, nada debe...».

<sup>16</sup> D.19.1.1.pr (Ulp. l.38 ad ed.).- *Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdictum premium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empti est. (Si no se entregase la cosa vendida, se ejercitará acción por lo que importe,, esto es, por lo que le importe al comprador tener la cosa, más esto excede a veces del precio, si importa más que vale la cosa, o que aquello en lo que la cosa fue comprada).*

los textos<sup>17</sup> aducidos para sostener esta tesis son concluyentes. Sin entrar aquí en el análisis detallado de los mismos, podemos decir: a) que el texto de Gayo (4.131 a) y el de Papiniano (D. 22.1.4. pr) no tratan del contrato de compraventa, sino de las *praescriptiones pro reo* y de la *stipulatio*, respectivamente, b) en ninguno de los cuatro fragmentos se dice que la obligación de mancipar derive del propio contrato, sino que, más bien, en algún caso, se da a entender que es una obligación asumida voluntariamente por el vendedor en cláusula añadida al contrato, c) la falta de acceso de los extranjeros a la propiedad civil y a los modos formales de transmitirla, sería otro argumento a favor de nuestra opinión y d) en cualquier caso hay que advertir que si al entregar la cosa, ésta no resulta transmitida (sea por falta de titularidad o sea por defecto de forma), la situación no se prolongará demasiado en el tiempo pues los plazos para usucapir en la época clásica son de 1 ó 2 años según las cosas fuesen muebles o inmuebles<sup>18</sup>.

A pesar de todo lo dicho, no puede ignorarse que, aunque ni en Derecho romano ni en derecho actual se le exige al vendedor la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, el fin económico de la compraventa es la transferencia del dominio. Éste será el resultado normal del negocio y el fin último del comprador. Los juristas romanos no desconocieron que la indiscutible función económica de este contrato es, precisamente, que el derecho del comprador sobre la cosa devenga firme y definitivo. En este sentido –afirma LABEÓN<sup>19</sup>– que un acuerdo, por el que el comprador no pueda devenir propietario de la cosa, desnaturaliza el contrato y lo transforma en otro negocio.

El fin se considera inescindible de la venta y se protege en el interés del deudor, de forma que, aunque el contrato no procure la propiedad al comprador, se favorece el que pueda adquirirla posteriormente. En este sentido, podemos concluir este punto concreto, diciendo que si el vendedor es propietario de la cosa vendida, la propiedad se transfiere inmediatamente realizada la entrega (*traditio*) de la cosa (con la reserva para el Derecho clásico de que será necesaria la observancia de los modos de transmisión según la cosa sea *mancipi* o no) y no obstaculiza para el traspaso de la propiedad que las partes, o una de ellas, crea erróneamente haber negociado sobre cosa ajena, pues aunque no compre del dueño, si por el dueño se le entregó, adquiere el

<sup>17</sup> Vid. Gayo 4.131 a; Paulo, Sentent., 1.13a.4; D.19.1.11.2 (Ulp. 1.32 ad ed.) y D.22.1.4.pr. (Papiniano).

<sup>18</sup> En la época de Justiniano, la usucapición (prescripción adquisitiva, actualmente) tiene un plazo establecido de 3 años para los muebles, y 10 o 20 años para los inmuebles, según estemos entre presentes o ausentes.

<sup>19</sup> D.18.1.80.3 (Labeo, l. V *Posteriorum a lavoleno Epit.*).- *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id igitur, ne ad emptorem transeant, [sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus]: No puede considerarse que alguien vendió aquella cosa, respecto de cuyo dominio se trata, que no pase al comprador; [sino que esto es o una locación u otro género de contrato]* La última frase [...] se considera un glosema (una modificación de los juristas postclásicos), pero no cambia el sentido del pasaje en lo que nos interesa, vid. *Index interpol. ad leg.*, a los que añadimos ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, Ed. Jovene, 1961, p. 163.

dominio<sup>20</sup>. Finalmente, si la propiedad no resulta transmitida, bien porque el vendedor no es propietario (adquisiciones *a non domino*) o bien porque no se realizó el acto preestablecido por el ordenamiento (defecto de forma), se considera que la venta es *iusta causa usucapionis* y en un corto espacio de tiempo (1 o 2 años) se hará propietario de la cosa por usucapión.

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho, una cosa es afirmar que la compraventa es un negocio con finalidad traslativa del dominio y otra que el negocio sea de transmisión del dominio. En este sentido, sabemos que los romanos no atribuyeron jamás efectos traslativos de la propiedad al simple contrato. De éste, sólo surgen obligaciones, y ni siquiera, una vez perfeccionada la compraventa se le obliga a la transmisión del dominio sino únicamente a la entrega de la posesión pacífica de la misma. Es ésta una particularidad de la compraventa romana que la doctrina moderna ha intentado explicar con base en distintas hipótesis; pero, la razón —en mi opinión más convincente— no es la que lo justifica en razones abstractas, teóricas o de índole económico sino en una imposibilidad técnica, a saber, la falta de acceso de los peregrinos o extranjeros a los negocios jurídicos reconocidos por el ordenamiento para la transmisión de la propiedad de las *res Mancipi*. En este sentido, sabemos que la compraventa fue muy practicada entre ciudadanos y extranjeros y que las *res Mancipi* son objeto normal de comercio entre ellos, por tanto, no es de extrañar que sólo se exigiera la entrega de la cosa garantizando al comprador en la posesión de la misma hasta que se produjera la usucapión de la misma.

### III. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN DERECHO ROMANO

#### 1. La transmisión de la propiedad: Concepción romana e influencia de los derechos orientales

El Derecho romano estableció que el mero pacto no transmite la propiedad y exigió, siempre, la realización de alguno de los negocios jurídicos típicos traslativos del dominio. De los tres negocios reconocidos por el Derecho romano primitivo y clásico, dos, *mancipatio* e *in iure cessio*, son abstractos, y el tercero, la *traditio*, es causal.

---

<sup>20</sup> En este caso, el Derecho romano sigue el principio *plus est in re quam in aestimatione mentis* (hay más en la realidad que en la apreciación de la mente). Vid. D.22.6.9.4 (Paul. libro singulari de iuris et facti ignorantia).- *Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradetur, dominus efficitur.* (Cuando uno ignoró que era dueño el vendedor de la cosa, hay más en la realidad que en la apreciación de la mente, y por esto, aunque piense que no compra del dueño, sin embargo, si por el dueño se le entregara, se hace dueño).



A continuación haremos un somero repaso de los modos de transmitir la propiedad, prestando especial atención a la *traditio* (entrega) por los siguientes motivos: en primer lugar, es pues es el único modo de transmisión voluntario, a título singular e *inter vivos* que queda vigente en la época justiniana. Segundo, durante la época clásica debió ser el más frecuentemente utilizado, tanto por los peregrinos, que no podían acceder a los negocios de transmisión del dominio de origen civil, como por los ciudadanos, pues no sólo era la forma normal de adquisición de la propiedad (*dominium ex iure Quiritium*) de las cosas *nec Mancipi*, sino que el derecho honorario la reconoció como modo de adquisición de la propiedad pretoria o *in bonis habere* de las *res Mancipi*, defendida por la acción Publiciana<sup>21</sup>. Tercero, la transformación que sufre la *traditio* desde la época clásica determina –como veremos– el origen de dos grandes corrientes: el sistema romano de transmisión mediante la tradición causal y el sistema francés de transmisión por el simple consentimiento. De este modo, se comprende que un problema preliminar, del que no podemos sustraernos, es la valoración de la tradición en su evolución histórica.

En Derecho romano, para la transmisión de la propiedad fue siempre esencial la *traditio* [o la *mancipatio* o la *in iure cessio*, según la época]. De este principio fundamental, afirmado en las fuentes romanas, la jurisprudencia medieval, a través de la Escuela del Derecho Natural, se habría pasado al principio opuesto de la transmisión de la propiedad *solo consensu*, acogido por primera vez en el Código civil francés y en las codificaciones inspiradas en aquél. Pero el paso de un principio a otro se prepara ya en Derecho romano, en concreto en la época postclásica, a través de la espiritualización de la tradición por influencia de los Derechos orientales. Esta influencia se deja notar, sobre todo, a partir de la Constitución Antoniniana del año 212 d.C. con la que el emperador Caracalla extiende la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio. A partir de este momento, se impone el Derecho oficial (el romano) a los derechos locales, quedando patente el contraste entre las normas jurídicas romanas y las provinciales en relaciones jurídicas tan usuales como la compraventa o la donación. Se observa, entonces, el esfuerzo de los emperadores y sus cancillerías por explicar, a través de sus Constituciones, cuáles eran los principios del Derecho romano, que ahora debían aplicarse también en las provincias orientales.

Es, en este contexto, donde debe situarse un célebre rescripto del emperador Diocleciano del año 293 d.C., en el que se reafirma solemnemente el principio de la tradición. El texto ha asumido la forma de aforismo o axioma jurídico y en él se esta-

---

<sup>21</sup> Esta es una acción de origen pretorio que contiene una ficción por la que se ordena al juez que falle como si el tiempo para usucapir hubiese transcurrido ya. En cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción Publiciana, se otorga a favor del que recibió una cosa *mancipi* sin las formalidades exigidas por el ordenamiento, frente a terceros. Frente al propietario que reivindica la cosa (que para el derecho civil sigue siendo el legítimo propietario) únicamente podrá oponer la *exceptio rei venditae et traditae*, cuando haya habido una efectiva venta o, en otro caso, la *exceptio doli*.



blece que no basta el acuerdo para la transmisión de la propiedad, sino que es necesaria la tradición o la usucapión.

C.2.3.20 (Diocl. et Max. A. Marciali).- *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*<sup>22</sup>.

Es probable, que como sostiene la mayoría de la doctrina, el texto haya sido manipulado por los compiladores justinianeos, que habrían suprimido la referencia originaria a la *mancipatio* y, quizá también a la *in iure cessio*, vigentes aún en esta época. El emperador no habría olvidado hacer referencia a estas formas de adquisición de las cosas de mayor valor o categoría económica. Pero, en cualquier caso, esta interpolación no cambia, en esencia, el significado del texto.

La constitución es paralela a una larga serie de textos recogidos bajo el título «*De la donación*» en los *Fragmentos Vaticanos*<sup>23</sup>, en los cuales se exige constantemente la realización de la *mancipatio* o la *in iure cessio* para la transmisión de la propiedad. Uno de los más característicos es una respuesta de un jurista clásico, que no podemos identificar con seguridad porque la *inscriptio* del texto se ha perdido, que coincide con el rescripto de Diocleciano.

F.V. 268: *Quaerbat, an cum seius filiam suam emanciparit et apud acta professus sit, si se donare fundum nec instrumenta donationis fecerit, an videatur professione actorum perfecta esse donatio. Respondi, si neque mancipatio neque traditio secuta est, solis actis dominium non transisse*<sup>24</sup>

Lo primero que se observa en el fragmento es que se menciona la *mancipatio* antes que la entrega (*traditio*) –tal y como debió hacerse en la redacción original del rescripto de Diocleciano–. En cuanto a la interpretación de estos pasajes, el emperador y el jurista vienen a decir pura y simplemente que necesitamos un modo traslativo del dominio para que sea reconocido el cambio de titularidad, no basta el mero pacto,

<sup>22</sup> «El dominio de las cosas se transfiere por la tradición y la usucapión, y no por nudos pactos».

<sup>23</sup> Los Fragmentos Vaticanos es una colección de textos, de autor y título original desconocidos, del s. IV d.C. Son llamados así porque fueron descubiertos en 1821 por el Cardenal Angelo Mai en la Biblioteca del Vaticano. Es una colección mixta de *iura* (escritos de juristas clásicos, concretamente de Ulpiano, Paulo y Papiniano) y *leges* (Constituciones imperiales de Diocleciano y Constantino).

<sup>24</sup> F.V. 268: «Se preguntaba si, cuando Seyo emancipó a su hija y declaró en el acta pública que le donaba un fundo, pero no hizo documentos de la donación, se entiende por la declaración de las actas que la donación se ha llevado a efecto. Respondí que, si no siguieron ni la mancipatio ni entrega, con las actas solas no se ha transmitido el dominio».

no bastan los *acta*, es decir, no es suficiente el consentimiento cuando no venga manifestado a través de los modos específicos que el ordenamiento establece para la transmisión de la propiedad.

En general, los principios de la compraventa clásica se mantuvieron firmes hasta la época de Diocleciano. Sin embargo, un vistazo a la configuración jurídica que presenta el negocio en los derechos griegos y greco-egipcios nos hará comprender las dificultades de estos pueblos para asimilar los principios romanos y, también, nos orientará sobre la dirección que sigue el Derecho justiniano en relación con esta materia a raíz de la decisiva e importante influencia de las nuevas concepciones orientales en el Derecho postclásico y que, finalmente, aparecen plasmadas en la Compilación de Justiniano.

Escribe ARANGIO RUIZ que toda investigación sobre la compraventa en los territorios helénicos exige, de aquél que la emprenda, un importante esfuerzo que consiste en liberarse de la neta distinción, establecida por el Derecho romano, entre el momento de perfección del contrato, que se produce cuando las partes acuerdan la cosa y el precio, y la ejecución del mismo, que consiste en el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. Y ello, porque esta distinción aparece ignorada en todos los demás pueblos de la antigüedad. En este sentido, la doctrina es unánime al considerar que entre los Derechos helénicos no se concibió el negocio como obligatorio, sino como venta manual, real o al contado. Además, en general, la transferencia de derechos de un particular a otro se realiza a través de la redacción de un documento, en el que viene indicado el negocio jurídico realizado entre las partes, y donde la entrega del *instrumentum* o de copia al adquirente, constituye la cesión y, respectivamente, la adquisición de derechos sobre la cosa. Con el tiempo, se acaba por reconocer la transmisión del dominio con la simple incorporación a los *instrumenta*, de una cláusula en la que el vendedor reconoce el paso de la propiedad como un efecto inmediato de la recepción del precio<sup>25</sup>. Los millares de tablas de arcilla llegados hasta nosotros desde las más diversas épocas y redactados en sumerio, samnita o hitita, los documentos arameos del S. V a.C. y los papiros greco-egipcios contienen estos actos de transmisión, lo que testimonia la generalidad, antigüedad y persistencia del principio que aparece basado sobre concepciones diametralmente opuestas a las romanas<sup>26</sup>. Todo esto se tradujo en una tácita resistencia a la aplicación de las normas más técnicas del Derecho oficial y que acabó influyendo en la *praxis* del Bajo Imperio.

De este modo, veremos que, aunque el principio originario romano, consagrado en la Constitución de Diocleciano (C.2.3.20), no vino nunca expresamente derogado,

<sup>25</sup> Cfr. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 8ª edic., Napoli, 1946, p. 205; KASER, *Compraventa y transmisión...* cit., p. 23; ALVAREZ SUAREZ, *El problema de la causa...* cit., p. 29

<sup>26</sup> ARCHI, «*Il trasferimento...* cit.», p. 199

sin embargo fue desaplicado a través de una serie de disposiciones imperiales que favorecen la transmisión con base en el simple acuerdo contractual de las partes (sin la realización de la tradición) preparando el camino para el principio que posteriormente triunfará en Derecho francés.

## 2. Modos de transmisión de la propiedad de carácter abstracto

### a) *Mancipatio*

También llamada en las fuentes *mancipium*, es el acto más arcaico y solemne de adquirir la propiedad civil (*dominium ex iure Quiritium*) de las *res Mancipi*. Es un negocio *iure civilis*, por tanto, en principio sólo válido entre ciudadanos romanos, aunque también pudieron tomar parte los *filiifamilias* y los esclavos, pero siempre como adquirentes nunca como enajenantes; las mujeres y los pupilos asistidos por su tutor; los latinos de las colonias, los latinos *Iuniani*<sup>27</sup> y todos aquéllos peregrinos que tuviesen reconocido el *ius commercii*<sup>28</sup>.

Las formalidades del acto vienen descritas por GAYO, 1.119: ... *acto que se practica así: reunidos no menos de cinco testigos ciudadanos romanos púberes y además otro de las mismas circunstancias que sostenga una balanza y se llama libripens, el que adquiere la propiedad, teniendo la cosa, dice así: «DIGO SER MIO ESTE ESCLAVO SEGÚN EL DERECHO DE LOS QUIRITES Y QUE LO HE COMPRADO CON ESTA MONEDA Y ESTA BALANZA DE METAL»; después percute la balanza con la moneda y entrega ésta a aquél a quien recibe la propiedad, como si fuera el precio.*

Por su parte, ULPIANO<sup>29</sup> informa que, si la cosa era mueble, debía estar presente y si era inmueble se utilizaba algo que la simbolizase.

Este negocio es una *actus legitimus* que no admite condición o término. El principal efecto que produce es la transmisión de la propiedad civil de la *res Mancipi*. Y además, se estableció ya, en la época de las XII Tablas, que las cláusulas incorporadas oralmente (*nuncupatio*) por las partes, durante la celebración del acto mancipatorio, vienen amparadas por el Derecho civil como *ius cogens* y vincula a las partes.

---

<sup>27</sup> Son *latini Iuniani* los esclavos manumitidos de forma no solemne (*inter amicos, per mensam, per epistulam*) a partir de la *lex Iunia Norbana* del año 19 a.C. Estos tenían capacidad *inter vivos*, pero no *mortis causa* y, a su muerte, todo su patrimonio revertía a su antiguo dueño. Por eso, se suele decir gráficamente que vivían como libres pero morían como esclavos.

<sup>28</sup> ULPIANO, *Regul.*, 19.4.

<sup>29</sup> ULPIANO, *Regul.*, 19.6.

Originariamente, la *mancipatio* fue una verdadera venta real o al contado donde se realiza el cambio inmediato entre la cosa y el precio. El precio era el metal (*aes rude*), la pesada del mismo testimonia que esta institución es anterior a la aparición de la moneda acuñada<sup>30</sup>. En época de GAYO ya no es una verdadera compraventa, el jurista habla de una *imaginaria venditio* donde formalmente se entrega un precio simbólico, una sola moneda (*mancipatio nummo uno*). Se transforma en un negocio jurídico abstracto para la transmisión de la propiedad Quiritaria de las *res Mancipi*, a parte otras múltiples aplicaciones y variadas finalidades sobre personas<sup>31</sup>.

Varias fuentes atestiguan que, de la *mancipatio*, surge *ipso iure*, sin necesidad de particular acuerdo, la obligación para el enajenante de garantizar al adquirente. Esta garantía se denomina *auctoritas* y conlleva para el mancipante la obligación de asistir en juicio al adquirente cuando un tercero reivindique la propiedad de la cosa, es decir, si resulta evicta<sup>32</sup>. Para ello, el *mancipio accipiens* podía valerse de una acción, que los intérpretes denominan *actio auctoritatis* y que condena al doble del valor de la cosa<sup>33</sup>. Por otro lado, en el caso en que se mancipara un fundo, una de las cláusulas adicionales más frecuentes consistía en la manifestación de cabida del mismo. Si resultaba que el fundo era menor, el adquirente podía utilizar la *actio de modo agri*, que es una acción de carácter penal por la que se obtenía el doble del valor de la extensión que faltaba<sup>34</sup>. Es evidente que estos dos remedios procesales sólo operan cuando tras la *mancipatio* hubiese habido una verdadera venta.

### b) *La in iure cessio*

Es un modo de transmitir la propiedad que sirvió tanto para las *res Mancipi* como para las *nec Mancipi*<sup>35</sup>. Consistía en un traspaso de la propiedad hecho ante el magistrado, *in iure*, y desarrollado en la forma de un proceso fingido acerca del dominio de la cosa que se quiere transmitir.

Las formalidades del acto, nos son transmitidas por las Instituciones de GAYO, 2.24: «*La in iure cessio, pues, se hace de este modo: ante un magistrado del pueblo romano, por ejemplo, el pretor, aquél a quien la cosa es cedida in iure, teniendo el objeto dice así: «AFIRMO QUE ESTE ESCLAVO ES MÍO SEGÚN EL DERECHO DE LOS QUIRITES» (fórmula de la legis actio sacramento in rem); después que éste hubiera vindicado, el pretor*

<sup>30</sup> Sobre la aparición del dinero amonedado, vid. FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, 3ª edic., Madrid, 2003, p. ; Id.; «Compraventa», *Materiales para el estudio del Derecho*, Madrid, 2004 <http://www.iustel.com> (fecha de consulta: 3 de Junio de 2006)

<sup>31</sup> El viejo rito *per aes et libram* servía también para contraer matrimonio *cum manu* a través de la *coemptio* o para emancipar a un hijo a través del rito mancipatorio recogido en las *XII Tablas*.

<sup>32</sup> El término evicción deriva de *evincere* que quiere decir vencer en juicio.

<sup>33</sup> PAULO, *Sentent.*, 2.17.3.

<sup>34</sup> PAULO, *Sentent.*, 2.17.4.

<sup>35</sup> ULPIANO, *Regul.*, 19.9

*pregunta al que cede si verifica la contra vindicatio; y una vez que éste dice que no, o se calla, entrega la cosa (addictio) a aquel que había vindicado;... Ello puede hacerse también en las provincias ante los presidentes de las mismas».*

Según informa GAYO este modo de transmisión era poco utilizado por el inconveniente de tener que ir ante el magistrado.

Tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio* dejaron de utilizarse a finales del siglo III y fueron sustituidas en la Compilación de Justiniano por *traditio*. En concreto, la *mancipatio* se mantiene vigente en Constituciones imperiales del 255 al 295 d.C., donde se señala la costumbre de redactar *ad probationem* un escrito dando fe de la celebración efectiva de la *mancipatio*. En las provincias, en coherencia con las costumbres locales, se da la tendencia de atribuir al documento escrito un valor *ad substantiam*, teniendo por sí mismo el efecto de transferir el dominio<sup>36</sup>.

En cuanto a la *in iure cessio* viene recordada en una Constitución de Diocleciano del 293, pero ya no es mencionada en fuentes posteriores por lo que debió caer en desuso después del s. III.

### 3. La *traditio*

Es un modo de transmitir la propiedad de derecho de gentes que en época clásica sirve para transmitir la propiedad civil de las *res nec Mancipi* y la propiedad pretoria o *in bonis habere* de las *res Mancipi*. En época justiniana queda como único modo de transmisión de la propiedad reconocido por el ordenamiento.

Tradición designa la mera entrega corporal del objeto que puede servir, tanto en Derecho romano como en el moderno, a múltiples finalidades, sin que con ella se pretenda la transmisión de la propiedad. Así, por ejemplo, hay entrega de la cosa arrendada o comodada pero, en ninguno de estos casos, se produce la transmisión.

Para que la tradición transmita la propiedad de la cosa es necesario, además del acto material, la intención de las partes de transmitir y adquirir la propiedad en virtud de una justa causa. De modo que la tradición, como modo de transmisión del dominio, no descansa únicamente sobre el acto material de la entrega, sino sobre varios elementos intrínsecos o legales:

En primer lugar, el transmitente debe ser propietario de la cosa entregada; en segundo lugar, es necesaria la entrega de la cosa, tercero, la *iusta causa traditoris* y en cuarto y último lugar, la intención recíproca de las partes de adquirir y transmitir aunque —como veremos— este último requisito no se concibe como un requisito inde-

---

<sup>36</sup> Vid. VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*, reimpr. Roma, ed. Ricerche, 1977, p. 331.

pendiente o abstracto, sino manifestado en un contrato obligatorio previo. Veamos a continuación cada uno de estos requisitos:

1º. El *tradens* debe ser propietario de la cosa que entrega, pues nadie puede transferir más derechos de los que tiene, lo que se formula con el aforismo latino: *Nemo dat quod non habet*<sup>37</sup>.

2º.- En cuanto a la entrega de la cosa, debemos decir que originariamente ésta debía ser realizada materialmente para las cosas muebles (*contractare, loco movere*) y a través de la puesta en posesión para inmuebles. Sin embargo, pronto surgieron una serie de figuras espiritualizadas de entrega en la que no hay una efectiva aprehensión corporal de la cosa, entrando ya en el campo de la *traditio* ficticia o simbólica (*traditio longa manu*<sup>38</sup>, *traditio brevi manu*<sup>39</sup>, el *constitutum possessorio*<sup>40</sup> o la *traditio symbolica*, con la entrega de llaves que se liga históricamente con la *traditio longa manu*<sup>41</sup>). En este camino progresivo de espiritualización de la entrega, el derecho imperial sufre la influencia de los pueblos orientales en los que era normal la transmisión del dominio a través de la entrega del documento en que se recogía el negocio realizado, es la llamada *traditio per chartam* oriental o *traditio instrumenti*, que se recoge por primera vez en una Constitución de Severo y Caracalla del año 210, C.8.53.1, donde se dice que entregados los documentos de la compra de esclavos al donatario se entiende realizada la donación y la entrega de los mismos esclavos<sup>42</sup>.

C.8.53.1. (*Impp. Severus et Antoninus AA. Lucio*).- *Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et*

<sup>37</sup> Vid. D.41.1.20.pr. (*Ulp. l. 29 ad Sab.*) y D.50.17.54 (*Ulp. l. 46 ad ed.*)

<sup>38</sup> En ella no hay entrega material del objeto, sino que se indica a distancia de modo que se aprehende *oculis et adfectu*. Sin embargo, en relación con esta modalidad de entrega varios textos exigen que el objeto esté presente (*in praesentia* o *in re praesenti*) o que la entrega de llaves se haga frente al edificio (*apud horrea*) o que el fundo transmitido esté contigo a mi fundo, etc.

<sup>39</sup> Es aquella figura de tradición en la que el adquirente de la propiedad tiene ya la cosa en su poder en virtud de otro título (v.gr. arrendatario). Esta institución no fue admitida por todos los juristas clásicos, sólo los proculeyanos aceptaron la transmisión de la propiedad por el mero consentimiento, sin embargo los sabinianos exigieron el *loco movere* o el *contractare* para que se produjera la transferencia de la posesión o de la propiedad del objeto. Vid. D.12.1.9.9 (*Ulp., l.26 ad ed.*) o D.41.1.9.5. (*Gai l.2 rer. quotid.*), donde se reconoce la transmisión de la propiedad *nuda voluntate, sine traditione*. Aunque, algunos autores han considerado que el último pasaje está interpolado porque consideran que hace precursor a GAYO (que se consideraba a sí mismo como sabiniano) de una teoría proculeyana.

<sup>40</sup> Esta figura se da cuando el *tradens*, que quiere transmitir el dominio, retiene, sin embargo, la cosa en su poder en virtud de otro título (v. gr. comodatario). Aunque varios textos del Digesto la recogen, D.41.2.18 (*Cels. L. 23 digest.*) y D.41.2.21.3 (*Iavol. l.7 ex Cas.*), muchos autores niegan que esta figura fuese reconocida en época clásica, aunque sí aparece plenamente reconocida en época de Teodosio.

<sup>41</sup> Vid *supra*, n. 38

<sup>42</sup> Algunos autores consideran que el texto está interpolado y que la *traditio instrumenti* sólo se reconoció en época Justiniana, vid. RICCOBONO, «*Traditio ficta*», ZSS, 33 (1912) pp. 259 y ss. y p. 277; ALVAREZ SUAREZ, U., *El problema de la causa...* cit., p. 45 y ss.

*traditionem factam intelligis. et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere*<sup>43</sup> (año 210)

Posteriormente, el Derecho postclásico admitió un supuesto en que ni siquiera era necesaria la tradición para lograr la transmisión de la propiedad. Es un caso de entrega convencional; concretamente para las donaciones de padres a hijos, una Constitución de Constantino del año 319, CTh. 8.12.4<sup>44</sup>, establece que la propiedad pasa a los donatarios por simple acuerdo, sin necesidad de *mancipatio* ni *traditio*.

Finalmente, el Derecho justiniano estableció la misma excepción en otros dos supuestos: así, cuando varios constituyen una *societas omnium bonorum*, los socios devienen copropietarios de los bienes desde el momento de constitución de la relación contractual y sin necesidad de un acto de transferencia. Lo mismo ocurre en el caso de compraventas o donaciones hechas a las ciudades, la Iglesia o *piae causae*, según se recoge C.1.2.23.4. (*Imp. Iustinian.*) Texto, este último, que sirvió de base para la argumentación de THIBAUT en su batalla contra el concepto de la tradición y a favor del paso de la propiedad por el mutuo consentimiento<sup>45</sup>.

La doctrina mayoritaria considera que estas excepciones al principio de la tradición, acogidas en la Compilación por influencia de los derechos orientales y la progresiva espiritualización de la entrega, preparan el camino para la construcción de la teoría del traspaso de la propiedad por el simple consentimiento, que triunfará, a través del derecho medieval, en el Código civil francés.

Frente a esta postura, es interesante resaltar la opinión de RICCOBONO<sup>46</sup> que considera, que aunque la tradición clásica se recoge en la compilación como axioma (según se recoge en la Constitución de Diocleciano, C.2.3.20 –comentada más arriba–), sin embargo, será Oriente, quien triunfe en la práctica. Afirma que JUSTINIANO acogió el sistema de transmisión de la propiedad por el simple consentimiento, sin exigir el acto material de entrega: la tradición. De modo que lo que parecen excepciones al antiguo principio, son en realidad aplicaciones del nuevo. Justiniano considera suficiente la tradición realizada *animo iure* a través de símbolos, declaraciones y oficios administrativos y por el contrato suscrito con la misma eficacia que la tradición. Por ello, considera que el Código civil francés no contiene un principio nuevo, sino que adoptó el sistema que venía aplicándose en Derecho común eliminando las cláusulas y fórmulas de estilo que hasta ese momento se recogían en los documentos notariales.

<sup>43</sup> «Donados y entregados los instrumentos de la compra de esclavos, debes entender hechas la donación y la entrega también de los mismos esclavos; y puedes, por tanto, ejercitar contra el donador la acción real».

<sup>44</sup> CTh. 8.12.4: ... *licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit*.

<sup>45</sup> ALVAREZ SUAREZ, *El problema de la causa...* cit., p. 46

<sup>46</sup> RICCOBONO, «*Traditio ficta* (Fortsetzung)», *ZSS*, 34, 1913, p. 214 y ss.



3º.- La *iusta causa traditionis*: El problema de qué es la justa causa para el Derecho romano es uno de los más discutidos. Las fuentes que se conservan en el *Corpus iuris* recogen soluciones variadas y contradictorias que reflejan las líneas fundamentales de la evolución de la *traditio*. La doctrina científica, por su parte, heredera de aquélla incerteza, ha dado multitud de opiniones desde la Glosa hasta nuestros días.

El problema es que la Compilación de Justiniano presenta la tradición en unas ocasiones como negocio jurídico causal y en otras como abstracto. Hay fragmentos en los que la *iusta causa traditionis* se identifica con el negocio jurídico precedente y otros en los que, aún en el caso de que el negocio jurídico precedente sea nulo o inexistente, la tradición produce efectos traslativos del dominio. Esto se puede explicar o bien diciendo que en Derecho romano se concibió la tradición unas veces como negocio jurídico causal y otras como abstracto, o bien modificando el concepto de causa formulado, identificándola sencillamente con *el animus transferendi dominii* o intención recíproca de adquirir y transmitir el dominio. Todo esto viene a complicarse más, por el hecho de que los compiladores justinianeos interpolaron los textos en que aparecían los términos *mancipatio* o *in iure cessio*, sustituyéndolos sistemáticamente por tradición, colocando, por tanto, en el lugar de un negocio abstracto otro de carácter causal.

Ante este panorama la doctrina no se pone de acuerdo sobre si la tradición en Roma tuvo carácter abstracto o causal, e, incluso, entre los que prefieren esta segunda hipótesis se discute sobre qué debe entenderse por “*iusta causa*”. En esta sede conviene, en una labor de síntesis, dar los argumentos textuales que pudieran justificar una u otra interpretación:

A) *Tradición causal*: Encontramos varios textos que nos permiten afirmar que el Derecho romano clásico construyó la tradición como *causal*. Estos pasajes provienen no sólo de la Compilación sino de fuera de ella, concretamente de la literatura escolástica, y, por este motivo, no son sospechosos de interpolación.

1º.- En las Instituciones de GAYO, 2.20, que coinciden, en parte, con un texto de las Instituciones de Justiniano, I.2.1.41: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quamvis alia ex causa, statim tua fit ea res si modo eius dominus sim*<sup>47</sup>.

2º.- En las Reglas de Ulpiano, 19.3.7: *Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi, harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex causa traditae sunt nobis*<sup>48</sup>

<sup>47</sup> GAYO 2.20 (=I.2.1.41): «Y así, si te entrego un vestido, u oro o plata, ya sea por causa de venta, o de donación o por cualquier otra causa, la cosa se hace tuya inmediatamente, con tal que yo sea su dueño».

<sup>48</sup> ULPIANO, *Regulae*, 19.3.7: «La tradición es la enajenación propia de las cosas no mancipables. El dominio de estas cosas lo adquirimos por obra de la misma tradición; conviene saber: si nos han sido entregadas por una justa causa».

3º.- Un conocido y célebre pasaje de Paulo, sobre el que se construyó, por los juristas medievales, la teoría del título y el modo, sistema de transmisión adoptado por nuestro ordenamiento<sup>49</sup>, D.41.1.31 (Paul., l. 31 ad ed.): *Nunquam nuda traditione transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit propter quam traditione sequeretur*<sup>50</sup>

Los textos señalados afirman que son necesarios dos elementos para que la tradición tenga eficacia traslativa: la *iusta causa traditionis* y la *traditio*. El problema que se plantea es qué se entiende por el primero de estos elementos: dentro de la teoría causal, la doctrina habla de una causa remota o una causa próxima, según se considere que se halla en el contrato anterior o en su ejecución, respectivamente.

a) La teoría de la causa próxima. Sobre la base del texto de Paulo, la opinión tradicional y mayoritaria hasta el siglo pasado sostuvo que la justa causa de la tradición fue para los romanos un negocio jurídico precedente y, concretamente, un contrato obligatorio donde la tradición no representa más que su cumplimiento.

Además se suele citar a favor de la tradición causal, un texto de Ulpiano, extraído del libro 7 de las *Disputas* del jurista clásico, que ofrece un argumento decisivo en este sentido. Este pasaje es contrario a otro de Juliano, perteneciente al libro 13 del *Digesto*, D.41.1.36, que apoya la tradición abstracta. Los innumerables intentos de la doctrina por conciliarlos han provocado una inabordable bibliografía. Después de la crítica de interpolaciones, muchos son los autores<sup>51</sup> que han explicado la antinomia con base en la interpolación de alguno de los textos o incluso de ambos. Me limitaré a exponer a continuación mi propia opinión sobre la interpretación de estos fragmentos:

D.12.1.18.pr. (Ulp. l.7 disputat.).- *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipians, Iulianus scribit, donationem non esse ; sed an mutua sit, videndum. et puto, nec mutuam esse ; magisque numos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condicione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti*<sup>52</sup>.

D.41.1.36 (Juliano, l. 3 digest.).- *Cum in corpus quidem, quod traditur consentiamus, in cañsis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit*

<sup>49</sup> Vid. *infra* apartado III y IV

<sup>50</sup> D.41.1.31 (Paul. l. 31 ad ed.): «La simple tradición nunca transfiere el dominio, a no ser que le preceda una venta o cualquier otra causa justa por la cual se realizara la tradición».

<sup>51</sup> Vid. *Index interpolat. ad leg.*, a los que añadimos: CUIGNET, R., «De la *iusta causa traditionis* et des fragments 36, D. de adq. rer. dominio, 41,1 et 18 (18,1), D. de reb. cred., 12,1», *RIDA*, 6 (1959), p. 203 y ss. y sobre todo p. 312.

<sup>52</sup> Si yo te hubiera dado dinero como para donártelo y tú lo recibieras como de mutuo (préstamo), escribe Juliano que no había donación pero se ha de verse si haya mutuo Y opino que no hay mutuo, y que es más cierto que el dinero no se hace del que lo recibe porque lo recibió con otra opinión. Por lo que, si lo hubiera consumido, aunque esté obligado por la *condictio*, podrá, sin embargo, usar la excepción de dolo, porque el dinero se consumió conforme a la voluntad del que lo da.

*traditio; veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum debere; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipians, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*<sup>53</sup>.

En el primer pasaje, Ulpiano afirma que el disenso sobre la *iusta causa* conlleva que no se produzca la transmisión de la propiedad. Únicamente si el que recibió el dinero lo hubiera gastado, puede, si lo desea, basarse en la voluntad del *dans* (el que entrega) y protegerse contra la *condictio* con la excepción de dolo. Ante el mismo supuesto, falta de acuerdo sobre la causa, Juliano –citado ya por Ulpiano como partidario de otra solución– contesta de forma totalmente distinta, y considera que en la voluntad de quien quiere donar puede haber también la voluntad de dar en préstamo sin interés. El jurista aplica aquí el principio «*in maiore in minus*» (quien quiere lo más quiere lo menos), en lo más grande, en la voluntad de donar, esta también lo más pequeño, la voluntad de dar a préstamo sin interés.

La solución de Juliano protege más el interés del *dans*, pues en el caso de que el *accipiens* consuma el dinero, aquél conserva el derecho a la restitución de la suma, que pierde en la solución de Ulpiano. Juliano interpreta la relación jurídica existente entre las partes y halla indicios suficientes de que la transferencia de la propiedad es querida por ambos. En definitiva, da más importancia a la voluntad material que a la forma jurídica<sup>54</sup>. Lo cual, es conforme con lo establecido por el partidario de su escuela, GAYO, cuando escribe en D.41.1.9.3 (*Gai l.3 rer. cott.*)<sup>55</sup>:

*Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alieum transferre, ratam haberi*<sup>56</sup>.

Si bien se mira, observamos que Juliano no niega la necesidad de la justa causa, sino el acuerdo de las partes sobre ella. Por ello, sería erróneo pensar que el jurista

<sup>53</sup> Cuando convenimos ciertamente respecto a la cosa que se entrega, pero disentimos en cuanto a las causas, no advierto por qué sea ineficaz la entrega; por ejemplo, si yo creyera que estaba obligado en virtud de un testamento a entregarte un fundo, y tú estimases que se te debía en virtud de estipulación; porque también si yo te entregase por vía de donación dinero contante, y tú lo recibieses como acreditado (a préstamo), es sabido que pasa a ti la propiedad, y que no es impedimento que hayamos disentido respecto de la causa de dar y recibir.

<sup>54</sup> Vid. BEHRENS, O, «*Iusta causa traditionis*», La trasmissione della proprietà secondo il *ius gentium* del Diritto classico, *Seminarios complutenses de Derecho romano*, IX-X (1997-1998), p. 155.

<sup>55</sup> Este texto es uno de los utilizados por SAVIGNY para la construcción del contrato real abstracto vigente en Derecho alemán.

se liberó de la *iusta causa traditionis*, al contrario, al interpretar la relación jurídica para sanar el disenso nos indica que no ignoró la doctrina de la justa causa, la misma que permaneció firme también después, de acuerdo con lo que recoge GAYO (2.20) y PAULO (D.41.1.31). Con su interpretación, la causa cambia su significado tradicional, pasando de ser una causa jurídica que opera como objetiva para la transmisión de la propiedad a ser un motivo razonable de la voluntad contractual interpretada jurídicamente.

La colocación de la solución de JULIANO en las *sedes materiae*, hace pensar que ésta fue la opinión preferida por el Derecho justiniano, mientras que la de Ulpiano representa la solución clásica.

b) Dentro de la teoría causal, hay un grupo de autores<sup>57</sup> que consideran que la causa es el negocio que se concluye entre las partes en el momento de la tradición. Es la llamada teoría de la causa próxima que no debe confundirse con la causa remota (la obligación anterior) que es puramente accidental. Si existe una obligación precedente, la justa causa se identifica con el pago o *solutio*<sup>58</sup> de aquélla, pero consideran que importa muy poco que el fin de la entrega sea el cumplimiento de una obligación precedente porque su validez, ineficacia o inexistencia no obstaculiza el traspaso del dominio, de modo que la cosa ya sólo podrá ser reclamada a través de la *condictio*. La justa causa debe existir siempre y cuando falta, como en las donaciones entre cónyuges prohibidas por el ordenamiento, la tradición no tiene eficacia traslativa.

El problema que suele señalarse a esta tesis es precisamente que el texto de PAULO, D.41.1.31, habla de una causa precedente (*aliqua iusta causa praecesserit*), lo cual produce una cierta matización en esta teoría, admitiéndose que la justa causa precede, en la mayoría de los casos, a la tradición. En sentido semejante, BONFANTE<sup>59</sup> matiza que, si bien se mira, la justa causa es contemporánea a la *traditio*, lo cual –dice al autor– no puede ser de otro modo, en tanto que aquélla constituye el requisito legal de ésta. Identifica la *iusta causa traditionis* con la *solutio* y salva el escollo del texto de PAULO, afirmando que puede hablarse de una precedencia lógica no cronológica de la justa causa, en cuanto que la determinación causal de las partes, que constituye el negocio jurídico que justifica la entrega, precede al acto material o *traditio*.

---

<sup>56</sup> También se adquieren por Derecho de gentes las cosas que se hacen nuestras mediante entrega, porque nada es tan conforme a la equidad natural como que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro una cosa suya.

<sup>57</sup> Vid. BONFANTE, *Corso di diritto romano. La proprietà*, II/2, Milano, ed. Giuffrè, 1968, (reproduc. de la 1ª ed., Roma, 1926), pp. 244 y ss. y bibliografía citada por el autor; CUIGNET, «De la *iusta causa*... cit», p. 302

<sup>58</sup> Este término deriva etimológicamente de *solvere* que quiere decir desatar el *vinculum iuris* entre acreedor y deudor. En sentido amplio se utiliza para hacer referencia al cumplimiento de la obligación.

<sup>59</sup> BONFANTE, *Corso... cit.*, II/2, p. 244.

B) *La teoría abstracta (o teoría negativa de la justa causa)*: Identifica la justa causa con la intención recíproca de las partes de transmitir y adquirir la propiedad (*animus transferendi et adquirendi dominii*), o sea con la voluntad de las partes. Esta tesis ha sido criticada porque, si bien se mira, es la negación de la justa causa. Se apoya en el texto de JULIANO, D.41.1.36 –comentado en este mismo apartado–; en un pasaje de GAYO, D.41.1.9.3, que viene reproducido, en parte, por I.2.1.40, y la Paráfrasis de Teófilo 2.1.40. A parte del argumento textual, suele alegarse el régimen de las *condictiones*.

D.41.1.9.3 (GAIUS. *L.II de rer. cott.*) : *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntate dominis volentis rem suam in alium transferri ratam haberi*<sup>60</sup>.

I.2.1.40: *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam convinienens est naturali aequitati quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferri ratam haberi*<sup>61</sup>.

Paráfrasis, 2.1.40: *Naturalis modus acquisitionis traditio quoque est. quid est traditio ? a manu in manum translatio facile explicabilis, naturalem quandam actum praeseferens: nihil enim tam naturae conveniens est quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi. ut vero dominium per traditionem transferatur haec concurrere debent, scilicet ut dominus sit, qui tradit, et ut animo transferendi dominium tradat, ...*<sup>62</sup>

En la paráfrasis de Teófilo, entre los requisitos de la tradición, ya no se recoge la *iusta causa*, sino la intención de transmitir del tradente. En opinión de MIQUEL<sup>63</sup> el texto representa un paso decisivo, pues mientras que, los fragmentos de las *res cottidianae* y de las Instituciones de Justiniano la *voluntas rem transferendi* aparece como justificación abstracta, en Teófilo aparece elevada a requisito independiente.

Sin embargo, para llegar a la elaboración del contrato real abstracto, por obra de SAVIGNY en el s.XIX, eran todavía necesarios dos requisitos, que la voluntad fuese bilateral (acuerdo real) y que esta voluntad apareciese completamente desligada de la justa causa (abstracto).

<sup>60</sup> «También se adquieren por Derecho de gentes las cosas que se hacen nuestras mediante entrega, porque nada es tan conforme a la equidad natural como que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro una cosa suya».

<sup>61</sup> «También por la tradición se adquieren para nosotros las cosas según el derecho natural; pues nada hay tan ajustado a la equidad natural, como que se considere valedera la voluntad del dueño, que quiere transferir a otro su cosa».

<sup>62</sup> «Un modo natural de adquisición es también la traditio ¿qué es la traditio? la transferencia de una mano a otra es fácilmente explicable, basado sobre un cierto acto natural: pues nada es tan conforme a la naturaleza como que la voluntad del dueño de querer transferir a otro sea tenida como realizada. Pero para que se transfiera el dominio mediante la tradición deben concurrir las siguientes condiciones: que quien entrega sea el propietario y que entregue con intención de transferir el dominio...».

<sup>63</sup> MIQUEL, «La doctrina de la causa de la tradición... cit.», p. 519

4º.- En cuanto a la voluntad de las partes: La doctrina dominante, basándose en múltiples pasajes del Digesto<sup>64</sup>, suele exigir la intención recíproca de las partes de transmitir y adquirir el dominio para que la tradición tenga efecto traslativo de la propiedad. Lo que, por otro lado, se relaciona con la discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la tradición y si pudo haber sido concebida o no como un contrato o acuerdo real.

Otros autores, basándose sobre una serie de textos<sup>65</sup> que otorgan valor esencial a la voluntad del *tradens*, consideran que sólo es esencial la voluntad unilateral del transmitente. Sin embargo, estos fragmentos sólo demostrarían el valor de la voluntad del que entrega pero no excluirían, en ningún caso, la voluntad del que recibe.

Un tercer grupo de autores consideran que no es necesaria la intención de las partes para transmitir el dominio mediante tradición. Para ello, se basan en un grupo de textos<sup>66</sup> que repiten una máxima esteriotipada y referida, en cuanto a su formación, a la escuela Sabiniana: *plus est in re quam in opinione* o *plus est in veritate quam in existimatione*, y donde se viene a afirmar que no importa nada el conocimiento o desconocimiento del dominio, por tanto, tampoco la voluntad de transmitirlo o la creencia o intención de adquirirlo<sup>67</sup>:

D.22.6.9.4. (*Paul. libri sing. de iuris et facti ignorantia*).- *Qui ignoravit dominium esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur*<sup>68</sup>.

En mi opinión, la voluntad respectiva de adquirir y transmitir no es esencial, al menos durante la época clásica, pues si bien en toda entrega con virtualidad traslativa es necesario que exista acuerdo de las partes, éste no se concibe de un modo autónomo o abstracto, sino ligado y manifestado en un contrato obligacional previo. De esta forma, la tradición por sí misma no presupone la existencia de acuerdo, sino en cuan-

<sup>64</sup> Vid., entre otros, D.39.5.10 (*Paul., l. 15 ad Sab.*); D.12.4.3.8. (*Ulp., l. 26 ad ed.*); D.44.7.55 (54) (*Iavol. l.12 epistul.*)

<sup>65</sup> D.41.1.9.3 (*Gai., l.II rer. cott.*); D.41.1.21.1 (*Pomp. l. XI ad Sab.*); I.2.1.40; TEOFILO, *Paraphr.*, 2.1.40.

<sup>66</sup> Vid. D.22.6.9.4 (*Paul. libri sing. de iuris et facti ignorantia*); D.40.2.4.1 *Iulian., l.42 digest.*).

<sup>67</sup> Sin embargo, algunos autores advierten que esto no es más que la expresión de viejos principios, según los cuales la moral no tiene que ver con el derecho. Así, si uno cree cometer un delito, cuando en realidad no lo ha cometido, el valor del acto no se altera porque ni siquiera el que se cree ladrón, lo es si no roba.

<sup>68</sup> «Cuando uno ignoró que era dueño el vendedor de la cosa, hay más en la realidad que en la apreciación de la mente, y por esto, aunque piense que no compra del dueño, sin embargo, si por el dueño se le entregara, se hace dueño».

to que la entrega es la ejecución de las obligaciones derivadas del negocio causal en que el acuerdo ha cristalizado.

Este es el panorama poco unitario que ofrece la Compilación de Justiniano. Veamos ahora que hizo la posteridad con esta información.

#### IV. LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN DERECHO EUROPEO

Después de la época Justiniana, un amplio sector doctrinal considera que los intérpretes del Derecho común permanecieron fieles a una concepción rigurosamente causal de la tradición:

Brachylogus<sup>69</sup>, 2.8.1-5: ... *igitur si aliquo titulo praecedente a domino, aut ab alio domini voluntate, res nobis tradatur, eius dominium nobis quaeritur. Iusti autem tituli sunt ut emptio, venditio, dos, donatio, pro soluto, iudicati, tutelae et cetera huiusmodi, quibus rerum dominia transferetur...*<sup>70</sup>

Glosa ordinaria: LVII *de acquir. dominio* (título 16) glosa ad D.23.1.: ... *nunquam nuda traditio transferi dominum, ubi nulla est causa, nec creditur, nec voluntas, ut in comodato et donatione...*<sup>71</sup>

Sobre la base de estos y otros textos se consideró la *iusta causa* como un negocio jurídico precedente del que la entrega sería la ejecución.

Sin embargo, en la parte Oriental, donde los textos de época justiniana ejercieron gran influencia, parece haberse seguido otro camino y si observamos la obra de los escoliastas bizantinos, veremos – como señala MIQUEL<sup>72</sup> – por primera vez en la historia del pensamiento jurídico, huellas del contrato real abstracto.

En cualquier caso, la información contradictoria que brindan las fuentes romanas produce que los intérpretes del Derecho común se muevan en la misma incerteza, sobre la función y el contenido de la *iusta causa traditionis*, en la que se movieron los propios Compiladores. De esta forma, observamos una perpetua lucha entre el prin-

<sup>69</sup> El *Brachylogus* es una redacción francesa de las Instituciones de Justiano del s. XIII.

<sup>70</sup> Donde, como podemos observar, se recogen una serie de justas causas para adquirir por tradición.

<sup>71</sup> «Nunca la nuda tradición transfiere el dominio, donde no hay causa alguna, ni prestamo, ni voluntad, como en el comodato y la donación».

<sup>72</sup> Vid. MIQUEL, J., «La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos», *AHDE*, 31 (1961), pp. 515 y ss.



cipio de la transmisión causal, con entrega o sin ella, y el principio de la transmisión abstracta.

Finalmente, la adopción de una solución u otra por los Códigos europeos viene influenciada por la propia elaboración doctrinal y por consideraciones de carácter histórico, económico o de índole jurídico-política. Si bien no entraremos aquí en el estudio y comparación de los distintos Códigos nacionales europeos, podemos indicar a grandes rasgos los caracteres más destacables de cada sistema:

- En el sistema del título y modo, el negocio causal y el real son independientes entre sí, pero ambos son necesarios para la transmisión de la propiedad. La *traditio* por sí sola no transmite el dominio si no va precedida de un negocio jurídico causal válido. Este sistema, si bien se mira, protege sobre todo la posición del enajenante porque, en caso de que el negocio causal sea nulo o inexistente, tendrá a su favor la acción reivindicatoria.
- En el sistema francés, la transmisión opera por el mero consentimiento sin necesidad de acto material de entrega. Se renuncia a la publicidad de la transmisión, es decir, a hacer ostensible frente a terceros las modificaciones de los Derechos reales. Este sistema protege más al adquirente, pues la propiedad se transmite con el mero consentimiento y desde ese momento tendrá a su favor la acción reivindicatoria. Cuando resulta que la cosa no es propiedad del vendedor, el comprador debería poder dirigirse a aquél por incumplimiento, aunque el Código civil francés sigue acogiendo entre sus preceptos la responsabilidad por evicción<sup>73</sup>.
- El sistema alemán desliga completamente el negocio causal del real. La transmisión se produce a través del contrato real abstracto basado en el acuerdo de las partes de transmitir y adquirir la propiedad, aunque fundado en la entrega para los muebles y en la inscripción del Registro para inmuebles como requisitos que tratan de asegurar la publicidad. En este sistema, si el negocio causal es nulo o inexistente, la transmisión del dominio se produce igual y el transmitente únicamente tendrá a su favor la *condictio sine causa*. Este sistema protege sobre todo al adquirente en aras de la seguridad del tráfico y del crédito inmobiliario.

---

<sup>73</sup> El hecho de que el *Code* recoja la evicción ha sido criticado por múltiples autores, *vid.* RICCA-BARBERIS, M., «L'obbligo nascente dall'evizione e quello da trasferire la proprietà», *Studi in onore de V. ARANGIO-RUIZ nel XLV anno del suo insegnamento*, III, Napoli Ed. Jovene, pp. 261 y ss.

## 1. La teoría del título y el modo

La teoría del título y el modo se construye sobre la base de los textos que –como el de Juliano, D.41.1.31– exigen la *iusta causa traditionis* y la *traditio*, donde se distingue netamente entre el negocio jurídico causal del que surgen las obligaciones y el negocio jurídico real con el que se realiza la ejecución del contrato tal y como la concibieron los juristas romanos. Los glosadores únicamente aplicaron a los dos requisitos de la transmisión, justa causa y entrega, la terminología lógico-filosófica de su tiempo. Aplicando los métodos escolásticos a las disciplinas jurídicas, concretamente las categorías aristotélicas de posibilidad y efectividad a la adquisición del dominio, consideraron que el acuerdo sobre la transmisión representa la posibilidad de la misma, es, por tanto, la causa remota y la denominaron título, y la entrega de la cosa, que hace efectiva la transmisión, es la causa próxima y la denominaron modo<sup>74</sup>. De esta forma, la formulación del dogma del título y el modo supuso la explicación de un fenómeno jurídico sin que se produjera modificación alguna del mismo<sup>75</sup>.

El que primeramente formuló la teoría, distinguiendo *titulus* y *modus* en paralelo a la *causa* y la *traditio*, fue el jurista alemán JUAN APEL<sup>76</sup> (1486-1536) aunque se limitó a ciertos casos de adquisición del dominio<sup>77</sup>. La tesis vuelve a reaparecer en el s. XVIII, extendiéndose por los países germánicos por obra de su gran divulgador, HEINECIO<sup>78</sup> que ejerció gran influencia entre la doctrina científica europea de la época, y también en la española del siglo siguiente. Este autor perfila la unión de la teoría del título y el modo con la doctrina del *ius ad rem*, que a partir del s. XVI está recogida en la literatura jurídica de todos los países, al decir que el *titulus* produce un *ius ad rem* (entendido como la facultad que emana del negocio obligatorio y que otorga a su titular el derecho a exigir la entrega de la cosa), el cual se transforma en un *ius in rem* con la intervención del *modus*.

La consagración legislativa del principio se realizó por primera vez en el *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794. Posteriormente, se recogió en el Código holandés de 1809 y en el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco de 1811, cuyo artículo 380 afirma «no podrá adquirirse la propiedad sin título y modo legal de adquisición». Acogido también por el Código civil español de 1889<sup>79</sup> y por los

<sup>74</sup> En cuanto a la terminología, *titulus* es un término que aparece en varios textos jurídicos, concretamente en las *Exceptiones Petri* del s. XI, en *lo Codi* del s. XII y en el *Brachylogus*, redacción francesa de las instituciones de Justiniano, del s. XIII. El *modus* es una designación posterior de origen escolástico.

<sup>75</sup> Vid. RANIERI, «Brevi note sull'origine... cit», p. 324; CUENA CASAS, *Función del poder de disposición... cit.*, p. 232; RANIERI, «Brevi note sull'origine... cit», p. 324.

<sup>76</sup> APEL, *Methodica dialectis ratio ad iurisprudentiam acomodate*, Nuremberg, 1535.

<sup>77</sup> ESPIN, «La transmisión de los derechos reales... cit.», p. 350.

<sup>78</sup> HEINECIO, *Recitaciones del Derecho civil, según el ordenamiento de las Instituta*, traducido al español en 1873. (publicado en 1825).

<sup>79</sup> Vid. apartado *infra* V.1

Códigos latinos de Chile, Ecuador, Uruguay, Argentina, Colombia y Brasil. Igualmente, se recoge en el Código civil suizo de 1907, en los artículos 905.III y 974 y en el Código civil griego de 1940 en el artículo 1033, limitándose, en estos dos últimos casos, a la transmisión de bienes inmuebles.

## 2. El sistema francés de transmisión por el mero consentimiento

El sistema consagrado en el Código de Napoleón, que a primera vista aparece contrapuesto al anterior, no representa, sin embargo, más que el final de la evolución de la tradición romana.

Contrastando con la aceptación que tuvo la teoría del título y el modo entre la doctrina alemana, en Francia fue rechazada. Y ello por dos motivos fundamentales: por un lado, por influencia del Derecho romano Vulgar que, tras la caída de la parte Occidental del Imperio en el S. V, sigue vigente en los Reinos visigodos, ostrogodos, burgundos y vándalos, lo que influyó considerablemente en la evolución medieval de Italia, España y Francia<sup>80</sup>. Y en este sentido, el Derecho antiguo francés reemplaza la entrega efectiva de la cosa vendida por actos formales de muy diversa configuración, siendo suficiente la entrega de los documentos (*instrumenta*), *traditio ficta*, como ya ocurriera en el Derecho romano tardío<sup>81</sup>. Por otro lado, paralelamente, el Derecho consuetudinario francés adoptó la fórmula más sencilla de insertar una cláusula de *constituto possessorio* como cláusula de estilo en los documentos redactados ante notario, o la llamada *dessaisine-saissine* por la que el enajenante declara despojarse de la posesión de la cosa y volver a tomarla en nombre de otro.

A través de estas vías, la entrega de la cosa se reduce en la práctica a una simple cláusula de estilo añadida al documento, sin necesidad de la tradición real. Así las cosas, sólo faltaba que se negase la necesidad de la misma desde un punto de vista teórico. Esto es lo que hicieron los filósofos de la Escuela del Derecho Natural en el s. XVII y XVIII, –como DOMAT, PUFFENDORF o THIBAUT– al afirmar expresamente que la compraventa transfiere por sí misma la propiedad. Sólo POTHIER, en su postura romano-clasicista, reafirma la necesidad de la *traditio* para la transmisión de la propiedad.

De todo lo dicho, se comprende que, llegado el momento de la codificación, no se entendiera el principio de la transmisión *solo consensu* como algo nuevo, incorporándose, en la redacción del *Code*<sup>82</sup>, sin que supusiera un gran cambio con respecto al derecho aplicable anterior.

<sup>80</sup> KASER, *Compraventa y transmisión...* cit., p. 25

<sup>81</sup> KASER, *Compraventa y transmisión...* cit., p. 32, n. 27.

<sup>82</sup> El artículo 1138 del C.c. francés: «La obligación de entregar la cosa es perfecta con el solo consentimiento de las partes contratantes; y hace propietario al acreedor desde que la cosa ha debido ser entregada, aunque la tradición no haya sido hecha...».

Siguen este sistema el Código civil italiano de 1942, Bulgaria, Bolivia, Perú, Venezuela y Rumanía, entre otros.

### 3. El sistema alemán: el contrato real abstracto

El creador del contrato real abstracto se considera que fue SAVIGNY<sup>83</sup>, influido por el afán de construcción jurídica y sistematización de conceptos de la *Escuela de los Pandectistas* (también llamada *Jurisprudencia de conceptos*). El autor alemán llegó a la construcción doctrinal de esta figura a través de la interpretación errónea de las fuentes romanas<sup>84</sup> que le condujo a la conclusión de que la *iusta causa traditionis* no es el negocio jurídico precedente sino el *animus adquirendi et transferendi dominii* o intención recíproca de las partes de adquirir y transmitir el dominio.

Observa el jurista que cuando se pone una moneda en la mano de un mendigo, hay transmisión de la propiedad sin necesidad de que exista una obligación anterior y que lo mismo ocurre cuando alguien pide una cantidad prestada y recibe en el acto la suma pedida. Es decir, que en los contratos que se perfeccionan con la entrega de una cosa (*datio rei*) falta la obligación precedente. Por otro lado, el régimen de las *condictiones* no se explica con dicho concepto de la justa causa, ya que, a pesar de faltar la obligación o ser inexistente, se produce igualmente la transmisión del dominio, y el ordenamiento que no tolera el enriquecimiento injusto otorga a favor del que entregó, no la reivindicatoria, sino una *condictio sine causa* o por el enriquecimiento injusto. Para SAVIGNY la justa causa consiste en la voluntad o intención de transmitir y adquirir la propiedad y el negocio obligatorio únicamente sirve para revelar aquella intención y, por tanto, puede faltar.

La construcción de SAVIGNY no supuso, sin embargo, una fractura con el derecho anterior pues la idea del traspaso de la propiedad por la entrega basada en la voluntad concorde de las partes se halla formulada ya en otros intérpretes de los textos justinianos. Así, en el caso del pago de una obligación por error, la propiedad pasa sin necesidad de la existencia o validez de la causa, y al que pagó erróneamente sólo se le concede la *condictio indebiti*. Sobre esta base, los juristas justinianos habrían reconducido el efecto real al solo *animus transferendi dominii*<sup>85</sup>, aunque para hablar del contrato real abstracto era necesario la voluntad o acuerdo bilateral y que el negocio real, la tradición, apareciese completamente desligado de la causa.

---

<sup>83</sup> SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlín, 1940, vol. III, p. 313 y ss. Id., *Das Obligationem als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlín, 1853, v. II, p. 257.

<sup>84</sup> ALVAREZ SUAREZ, U., *El problema de la causa...* cit., p. 55 y 61; RANIERI, «Brevi note sull'origine... cit», p. 318.

<sup>85</sup> KASER, «Zur iusta causa traditionis», *BIDR*, 1961, p. 614 y ss.

El germen de la teoría del contrato real abstracto, la encontramos ya en BALDO<sup>86</sup> en el s. XVII, y en DONELLO<sup>87</sup> en el XIX y –según afirma MIQUEL<sup>88</sup>– habría sido formulado mucho antes por NICEO, escoliasta del s.XI.

La autoridad de SAVIGNY y su formulación de la teoría en la época en que se preparaba el Código civil alemán, hizo que la Comisión la recogiese en el BGB, que, tanto para la transmisión de la propiedad de los muebles como de los inmuebles se basa en el acuerdo abstracto de transmisión (*Einigung*) complementado con la tradición (*Übereinung*) para los bienes muebles (§ 929) y con la inscripción en el Registro para los inmuebles (§ 873). En ambos casos, la transmisión se produce a través del contrato real y abstracto<sup>89</sup>.

Aparte del Código civil alemán, recoge este sistema el Código civil griego pero limitado a la transmisión de bienes muebles.

## V. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL

### 1. La recepción del sistema clásico de transmisión causal en nuestro Derecho histórico

En los distintos cuerpos legales españoles podemos también observar la alternancia del principio clásico de transmisión por tradición causal y el principio de transmisión por el mero consentimiento. Durante la época del Bajo Imperio, por influencia de los derechos provinciales, lucha por imponerse el reconocimiento de la eficacia real de la compraventa (*emptio dominium transferuntur*), principio que fue acogido por el Derecho visigodo<sup>90</sup> y por el Derecho medieval de los Fueros hasta la Recepción<sup>91</sup>.

Sin embargo, posteriormente, encontramos la posición romana-clásica, en el Código de las Costumbres de Tolosa del s. XIII, inspirado en *lo Codi* (extracto provenzal del Código de Justiniano redactado en la primera mitad del s. XII) donde se

<sup>86</sup> Consideraba que si bien la *nuda traditio* no era suficiente para transferir la propiedad, se entendía suficiente que la voluntad de *transferre dominium* apoyada en un preexistente *titulus acquirendi*, aunque este fuese putativo o inexistente

<sup>87</sup> Considera la justa causa como un indicio de la intención de las partes de realizar la entrega que descansa en la voluntad de las partes, lo que sería como afirmar la naturaleza abstracta de la tradición

<sup>88</sup> MIQUEL, J., «La doctrina de la causa... *cit.*», pp. 526 y ss.

<sup>89</sup> MERINO GUTIERREZ, A., «¿Es abstracto el consentimiento formal en el sistema inmobiliario alemán?», *RCDI*, n.º. 616, (Mayo-Junio, 1993), p. 795 y ss.

<sup>90</sup> KASER, *Compraventa y transmisión... cit.*, p. 25.

<sup>91</sup> *Vid.* GARCÍA GARRIDO, *Los efectos obligatorios...cit.*, p. 350 y bibliografía citada por este autor en la n. 17.

afirma que ningún hombre adquiere señorío sobre una cosa «*si just titol non ha*» e, igualmente, en las Partidas, el más importante medio de recepción y difusión del Derecho romano clásico en España, que reproducen el sistema de transmisión de la propiedad por tradición mediante justa causa (título), como se recoge en P.3.28.46:

*Apoderan unos homes a otros en sus cosas, vendiendogelas o donandogelas en dote o en otra manera o cambiandogelas o por alguna otra derecha razón.*

La influencia de la Glosa y de las Partidas hace que nuestra doctrina se incline por la interpretación causal, tal y como se recoge en la célebre glosa de GREGORIO LÓPEZ a Partidas 3.28.46, «*acquiritur dominium traditione ex titulo habili*», donde se recoge la necesidad del título, indispensable para transmitir.

La terminología título y tradición (como modo de adquirir) la encontramos entre los comentaristas de nuestra leyes, como Gregorio LÓPEZ<sup>92</sup>, y también entre la doctrina española, como DOMINGO DE SOTO (1494-1560), que habría formulado el concepto de título, y el jesuita LUIS DE MOLINA (1535-1600), que afirma «diremos que para adquirir el dominio y, por tanto, un derecho real, no es suficiente que exista la cosa, como es evidente, ni que tengamos un *título* apto para la transmisión, como una compraventa legítima o una donación o algo semejante, sino que es necesario también que la cosa os sea transmitida por alguna clase de *tradición*»<sup>93</sup>.

Sin embargo, poco después, la reacción que se observa en España contra el uso práctico del Derecho romano, la influencia del Derecho natural –que a consecuencia de la espiritualización de la entrega– afirma que basta la simple voluntad para transmitir la propiedad, la adopción de este principio en el Código de Napoleón y la influencia de éste en el Proyecto de 1851 hacen que de nuevo fluctúe la doctrina hacia este principio. Y así se observa en el artículo 548 del Proyecto de García Goyena, cuando dice:

*La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción*

<sup>92</sup> GREGORIO LÓPEZ (1490-1560) dedicó la mayor parte de su vida a la práctica forense, pero es conocido, sobre todo, por haber fijado y glosado el texto de *Las Partidas* en una edición que tuvo consideración oficial a partir de 1555. Gracias a su tarea unificadora, este monumento legislativo –de fuerte base romana– se consolidó como la principal base del ordenamiento jurídico español hasta la entrada en vigor del Código civil en 1889. Vid. AGUILERA BARCHET, B., *Juristas universales. Juristas modernos*, II, Rafael Domingo (ed.), Madrid- Barcelona, Ed. Pons, 2004, p. 142.

<sup>93</sup> DE MOLINA, A., *Los seis libros de la justicia y el derecho*, tr. Fraga, Trat. II, disp. 2, nº. 3. (*De iustitia et iure*, Cuenca- Madrid, 1593- 1609)

La frase es bastante inadecuada y el propio GARCÍA GOYENA<sup>94</sup> se ve obligado a puntualizar: *por «contrato»: entiéndase de los que sean traslativos del derecho de propiedad, como el de compra y venta, que por Derecho Romano y Patrio eran simples títulos, no de los que no la transfieren como el arrendamiento, comodato, etc.*

Y en otro lugar, aunque parece seguir el sistema de la compraventa consensual y obligatoria, sin embargo rompe con él cuando dispone en el art. 981:

*La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad... la propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega.*

Según GARCÍA GOYENA<sup>95</sup>, *la disposición es totalmente contraria a la máxima Romana y Patria: Traditione, non nuda conventione dominium adquiri.*

La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el sólo consentimiento de las partes y no es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario. Desde el instante en que el deudor queda obligado a entregarla, *«asiste al acreedor, no ya un simple derecho a la cosa (ius ad rem), sino un derecho de dominio (ius in re)».*

Sin embargo, el precepto queda descartado poco después, concretamente en la *Ley de Bases*, en el número 20, donde se dice:

*Los contratos como fuentes de obligaciones serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante.*

Finalmente, aunque nuestro Código no sanciona expresamente, como lo hizo el austriaco, la teoría del título y el modo, la doctrina señala que la sigue, con base en el articulado que regula el contrato de compraventa y, directamente, de los artículos 609 y 1095 del C.c. En nuestro derecho el acuerdo no transmite la propiedad, los contratos no tienen virtualidad traslativa y no sólo porque, atendiendo a la Base 20, son *meros títulos de adquirir*, sino porque así se establece en el artículo 609.2:

*La propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquiere... por consecuencia de ciertos contratos mediante tradición».*

---

<sup>94</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, (reimpr. De la edic. de Madrid, 1852), Zaragoza, 1974, p. 295.

<sup>95</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias... cit.*, p. 520.



Y en el art. 1095, se indica:

*El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.*

De modo que, según nuestro Código, es necesario un negocio causal precedente que justifique la transmisión, denominado predominantemente título, y un elemento material, más o menos espiritualizado, denominado entrega o tradición.

## 2. La obligatoriedad de la compraventa en el Código civil español

La mera obligatoriedad, característica original de la compraventa romana, ha pasado a nuestro ordenamiento y, ello, porque nuestro Código civil construye este contrato fundamentalmente bajo el patrón del Derecho romano<sup>96</sup>.

La compraventa consensual no transmite la propiedad de la cosa vendida, únicamente engendra obligaciones, pues al igual que ocurriera en la época romano-clásica, no se reconoce efecto traslativo del dominio al mero consentimiento, sino que es necesaria la realización de alguno de los modos típicos de transmisión. En este sentido, afirma JEREZ DELGADO<sup>97</sup> que «*la sólo autonomía de la voluntad desnuda de alguna de las formas de entrega legalmente admitidas, que la hagan reconocible frente a terceros, no produce efectos en el plano jurídico real*», de modo que – sigue diciendo la autora<sup>98</sup>– «*las circunstancias que deben concurrir en Derecho español para que surta efectos la transmisión de la propiedad fuera del registro, son los siguientes: 1) Titularidad del tradens; 2) Contrato (título de adquisición) y; 3) Modo*». De forma que, en nuestro ordenamiento se aplica la doctrina del título y el modo y el principio *nemo dat quod non habet*<sup>99</sup>.

De esta manera, perfeccionado el contrato, surgen las obligaciones de pagar el precio y entregar la cosa distinguiéndose claramente los dos momentos de perfección y cumplimiento del contrato, como se deriva del artículo 1445 del C.c.:

*Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*

<sup>96</sup> ROCA SASTRE, «La venta de cosa ajena», Estudios de Derecho privado, 1 (1948), pl 363 y ss.; GARCÍA GARRIDO, «Los efectos obligatorios... cit.», p. 341 y ss.

<sup>97</sup> JEREZ DELGADO, *Tradición... cit.*, p. 108.

<sup>98</sup> JEREZ DELGADO, *Tradición... cit.*, p. 76.

<sup>99</sup> *Vid supra* los requisitos de la *traditio* romana para que surta efecto traslativo del dominio, apartado III.3

El artículo 1450 del C.c. indica claramente en qué momento se entiende perfeccionado el contrato:

*La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.*

El deber de entregar la cosa, se traduce en nuestro derecho en la obligación de realizar el único acto de transmisión de la propiedad voluntario e *inter vivos* reconocido por nuestro ordenamiento, la tradición<sup>100</sup>. Sin embargo, como indica ROCA SASTRE ningún precepto le obliga a hacer propietario al comprador «*sino que sólo contrae la obligación de proporcionar una cosa al comprador, si el vendedor es dueño, la tradición transferirá el dominio, en otro caso transferirá todo el poder y posesión que él tuviera sobre la cosa y, si sumando el tiempo de posesión de ambos se produjere la usucapión, adquirirá el dominio; si el vendedor no es dueño de la cosa vendida y ésta, antes de consumarse la usucapión, es reivindicada con éxito por el 'verus dominus', entonces el vendedor está obligado a sanear, o sea, a dejar indemne al comprador*».

De este modo, en el sistema jurídico español, el contrato de compraventa no es inmediatamente transmitivo de la propiedad de la cosa vendida porque se rige por la teoría del título y el modo. Pero cuestión distinta es la de si, perfeccionando el contrato, surge la obligación para el vendedor de transmitir el dominio sobre la cosa vendida. La respuesta, a la vista de la regulación que del contrato, hace nuestro Código Civil, es negativa. Como sostiene la doctrina mayoritaria<sup>101</sup>, nuestro Código Civil no impone al vendedor la obligación de transmitir el dominio de la cosa vendida, sino que, manteniendo el sistema romano clásico y el tradicional español, solo impone al vendedor la obligación de transmitir la posesión quieta y pacífica al comprador. Así

<sup>100</sup> En nuestro derecho el acto voluntario de transmisión de la propiedad se denomina *tradición* (artículo 609 C.c.), a diferencia de lo que ocurre en Italia o Francia, donde se habla de «enajenación voluntaria de la propiedad», producto – como veremos – de dos modos muy diferentes de entender la transmisión de la propiedad.

<sup>101</sup> Mantiene esta opinión, ALBADALEJO, BORRELL Y SOLER, SANTAMARÍA, PUIG BRATAU, CASTÁN, BADENES, ESPÍN O ROCA SASTRE. Todos ellos citados por GARCÍA CANTERO, que también se decanta por esta opinión en “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, t. XIX (comentarios a los arts. 1445 al 1541), Madrid, EDERSA, 1991, p. 177 y sobre todo p. 178, n. 18. También MORALES MORENO, A. M., “Comentarios al Código Civil”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993 (art. 1474) y en “Adaptación del Código Civil... cit., p. 1645 cuando afirma “el vendedor no incumple ninguna obligación por el hecho de no haber transmitido al comprador la propiedad de la cosa, y, salvo delo, no responderá por ello; pero tiene que garantizar al comprador la posesión pacífica de la cosa vendida; vid., tb., FERNÁNDEZ ARÉVALO “Inesenciabilidad de la obligación de transmitir la propiedad como derivada de contrato de compra-venta y validez de venta de cosas ajenas”, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, p. 178 y ss.; MIGUEL, J. M.<sup>a</sup>, “Aspectos de la responsabilidad del vendedor por defectos jurídicos, Estudios en homenaje a Mariano Alonso, Salamanca 2006, (en prensa).

el artículo 1445 sólo habla de *entregar una cosa determinada*, lo cual se repite en el artículo 1461 al decir que *el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento*. Y esta obligación se define en el artículo 1462: como *poner la cosa en poder y posesión del comprador*, que no puede equipararse a transmitir el dominio. Ningún precepto sanciona esa hipotética obligación, mientras que, sin embargo, en virtud del saneamiento, artículo 1464.1, el vendedor responde exclusivamente al comprador *de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida*.

Los autores contrarios a esta opinión<sup>102</sup>, que defienden la tesis de la transmisión de la propiedad, invocan algunos preceptos accesorios o marginales, como el artículo 1095 del C.c, sobre el derecho a los frutos del acreedor, en relación con el artículo 609 (sobre el efecto adquisitivo de la tradición); el artículo 1474 que obliga *a entregar la posesión legal* y el artículo 1258 que dispone que *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de la expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*.

*De lege data* me inclino más por la primera hipótesis, pues en los artículos básicos reguladores de la compraventa ningún precepto sanciona la hipotética obligación de transmisión de la propiedad. Pero aún podemos aducir algún otro argumento: a) Nuestro Derecho histórico no impuso la obligación de transmitir la propiedad, ni en las Partidas (5.5.1 y ss.), ni en el Proyecto de 1851, ni en el Anteproyecto de 1882-1888. Como consecuencia de lo dicho, y de la Base 1ª de la Ley de Bases, tampoco

<sup>102</sup> Entre los autores que defienden la obligación de transmitir, GAYOSO ARIAS, MORENO MOCHOLÍ, PEIDRÓ PASTOR, DE BUEN, GUYÓN, citados por GARCÍA CANTERO “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, t. XIX (arts. 1445 a 1541), Madrid, EDERSA, 1991, p. 197 y ss. y toda la bibliografía citada por el autor en la p. 197, n. 17.

En la misma línea, algunos autores (Vid. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Tradición instrumental y posesión” Madrid, Ed. Aranzadi, 1999, p. 81-82) consideran que la obligación de entregar la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y la obligación de responder por evicción hacen evidente que lo que garantiza el vendedor es una posesión en concepto de dueño y el *tradens* únicamente queda liberado cuando el *accipiens* consolida su posición como propietario por usucapion. De esto, deducen que la obligación del vendedor es una obligación de dar como obligación de resultado, el vendedor debe hacer propietario. En este sentido ROGER VIDAL, C. [“la compraventa de cosa futura”, Bolonia, 1975, p. 129] afirma que la finalidad de la compraventa en Derecho español es la de transmitir la propiedad. Y desde luego, no debe dudarse que la finalidad de la compraventa es la transmisión de la propiedad, lo cual –como ya señalamos– es ya admitido por los juristas romanos (Vid. Labecri en D.18.1.80.3) pero –como afirma Miguel– “no es lo mismo que afirmar que el vendedor asuma una obligación estricta de transmitir la propiedad a modo de una obligación de resultado” Vid. MIQUEL “Aspectos de la responsabilidad del vendedor... cit., n. 6 in fine). El vendedor viene obligado a entregar la cosa mediante tradición, que como sabemos es el medio adecuado para realizar la transmisión de la propiedad, en este sentido –como afirma MIQUEL– “está obligado a poner el medio adecuado para transmitirla. En este sentido puede decirse que el vendedor está obligado a transmitirle la propiedad como una obligación de medios”. Si es propietario y rechaza la tradición transmitirá la propiedad, en caso contrario, no responde siempre y en todo caso por no haber transmitido la propiedad, sino por la privación al comprador de la cosa vendida por sentencia firme en virtud de un derecho real anterior a la compra (por la evicción) Vid Miguel “Aspectos de la responsabilidad... cit., p. 3 y ss. (en prensa).

pudo imponerla el Código Civil; b) Aunque no existe un precepto en nuestro Código que reconozca la venta de cosa ajena, pues en esto tampoco se imitó al Código francés que en su art. 1599 establece la nulidad de la venta de cosa ajena, lo que ha permitido a la doctrina y a la jurisprudencia admitir la validez del contrato<sup>103</sup>. En este caso no hay reclamación por incumplimiento, como sería lo normal si el vendedor viniese obligado a transmitir la propiedad, sino que se reenvía a la responsabilidad por evicción<sup>104</sup>.

Sin embargo, *de lege ferenda*, considero que tienen razón los autores<sup>105</sup> que afirman que en nuestro Derecho no hay argumentación para seguir sosteniendo actualmente la obligación del vendedor a procurar al comprador tan solo la posesión quieta y pacífica de la cosa, sino que hay varios argumentos que aconsejan admitir la obligación de transmitir el dominio: 1º.- el fin económico de la compraventa es la transmisión de la propiedad del objeto vendido y en nuestro ordenamiento no existe la imposibilidad técnica que originó esta peculiaridad para la compraventa romana, de modo, que no hay inconveniente en que se exigía la transmisión del dominio; 2º.- En la práctica, la doctrina y la jurisprudencia aplican otros preceptos como el artículo 1258 del Código civil como argumento a través del cual poder exigir la transmisión; 3º.- La mayoría de las legislaciones extranjeras acceden la obligación de transmitir la propiedad y las nuevas tendencias hacia el D. Uniforme y Comunitario aconsejan la reforma en este punto<sup>106</sup>. De hecho, el nuevo sistema se recoge ya en normas de derecho unitario, como la Convención de Viena de 1980, aprobada por la mayoría de los países europeos y, concreta, por España. 4º.- Por último, si admitimos que la obligación del vendedor sea la transmisión de la titularidad jurídica real sobre la cosa, cuando el comprador no adquiera la propiedad por falta de titularidad del transmitente, el comprador no tendrá que esperar a que un tercero reivindique la cosa y demuestre algún derecho real sobre la misma, sino que podría resolver inmediatamente el contrato por incumplimiento a través de la vía del artículo 1124 del Código Civil<sup>107</sup>

<sup>103</sup> Aunque no faltan sentencias que declaran nula la venta de cosa ajena: STS 27 mayo 1929 (RJ 1959/2471) SSTS de 26 junio 1924; 8 de marzo 1929; 4 enero 1989.

<sup>104</sup> GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil, arts. 1445 y ss.*, Comentarios al Código civil y compilaciones forales, t. XIX, Madrid, Edersa, 1980, p. 72 y ss.

<sup>105</sup> GAYOSO, «Cuestiones sobre el contrato de compraventa», *Rev. De Derecho Priv.*, 8 (1921) p.141 y ss.; MORENO MOCHOLÍ, «¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 21, 1945, p. 377 y ss.; V. BADENES, *El contrato de compraventa*, 1, 1979, p. 49 y ss.; GARCÍA CANTERO, *Comentario ... cit.*, p. 168 y ss.

<sup>106</sup> *Vid.* Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del C.c en materia de contrato de compra-venta, Boletín de información del ministerio de Justicia, LIX, 1988 de 1 de mayo de 2005, p. 109.

<sup>107</sup> *Vid.* MORALES, «Adaptación del Código Cívil...» p. 1645 y 1646.

## VII. EL ESTUDIO HISTÓRICO COMPARATIVO ANTE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO

### 1. Consideraciones previas

Este trabajo sobre la transmisión de la propiedad es un ejemplo manifiesto del significado que el estudio histórico (Derecho romano e Historia del Derecho) debe tener para la Ciencia jurídica europea.

En un momento en el que se habla de la unificación del Derecho, ya sea a nivel global (v. gr. Los *Restatements of Law* del *American Law Institute* o los Principios de los contratos comerciales internacionales o UNIDROIT, elaborados por el *International Institute for Unification of Private Law*) o sea a nivel regional (v.gr. el *Contract European Code*, en adelante CEC, o los *Principles of European Contract Law*, en adelante PECL), nos parece imprescindible el estudio previo de las instituciones a través del método histórico-comparativo para poder abordarla con garantías.

En el marco del Derecho europeo el esfuerzo de armonización se ha centrado sobre todo en el campo del Derecho de obligaciones y contratos, y son varios los grupos que trabajan en este sentido bajo el impulso de varios organismos e instituciones. Sin embargo, considero que resulta difícil y poco aconsejable integrar el Derecho de contratos sin armonizar, en igual medida, los sistemas de transmisión de la propiedad en aras de evitar las posibles contradicciones y desarmonías en la aplicación del Derecho comunitario en los distintos Estados nacionales. Por ello, es necesario el estudio conjunto del Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas como partes integrantes e inescindibles de un todo, el Derecho Patrimonial, y es, en este sentido, en el que comienza a trabajarse ya, en la actualidad, en Europa<sup>108</sup>.

### 2. Principales orientaciones metodológicas ante el reto de la unificación del Derecho privado europeo

El problema de cómo abordar la tarea de la unificación del Derecho privado europeo se centra en dos orientaciones metodológicas bien diferenciadas: Algunos juristas abogan por la construcción *ex novo* de una solución unitaria para una realidad jurídica actualmente diferenciada, defendiendo la idea de la codificación del Derecho europeo. Frente a esta postura, otros juristas defienden la idea de la recuperación de

---

<sup>108</sup> Vid. PAU, A. y la bibliografía citada por el autor en, *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*, Madrid, Cuadernos de Derecho registral, 2004, p. 9-17.

la unidad jurídica de Europa y de su doctrina científica, lo que permitiría la búsqueda de los «principios» que subyacen en los actuales ordenamientos nacionales. A ellos nos referiremos en adelante como «modelo legal» y «modelo doctrinal», respectivamente<sup>109</sup>. Veamos las dificultades que presentan cada uno de ellos:

A) El «modelo legal» propone la codificación del Derecho europeo, que vendría a sustituir los Derechos nacionales a través de una norma de carácter obligatorio y vinculante. Esta tarea nos parece, a corto o a medio plazo, irrealizable, pues se trata de hacer a nivel supranacional una codificación –como las realizadas en el S. XIX en los distintos Estados– a través de la confección de un Código europeo por una comisión legislativa encargada de la selección y armonización de las distintas realidades jurídicas. Las grandes codificaciones nacionales del siglo pasado, el *Allgemeinen Landrecht* prusiano de 1794, el *Code* francés de 1804, el ABGB austriaco de 1811 y el BGB alemán de 1900 (los demás Códigos europeos se inspiran en mayor o menor medida en alguno de estos cuatro), tuvieron un amplio período de preparación previo. En este sentido, el *Code*, que tanto influyó en la redacción del Código civil español, se hizo sobre la obra de DOMAT y POTHIER, presentando, por ello, del Derecho francés, la versión más romanizada, y lo mismo cabe decir del BGB alemán que –como señala ZIMMERMANN<sup>110</sup>– «cuando finalmente se promulgó, 86 años después de que THIBAUT hubiese postulado su elaboración y SAVIGNY la hubiera combatido, debía su madurez a los fundamentos conceptuales fruto de casi tres generaciones de ciencia pandectística». Estos juristas, también denominados «Jurisprudencia de conceptos», propugnaban la búsqueda de principios, reglas y conceptos con validez universal sobre el estudio del Digesto o Pandectas de Justiniano.

Otro problema, que, si bien se presentará en cualquier propuesta de unificación parece más complejo en este sistema, es la necesidad de buscar elementos que integren y armonicen el *civil law* y el *common law* pues –en el marco de una codificación– llevará a la necesidad de acoger soluciones de compromiso que alterarán, en muchos casos, el sentido de las cosas (así por ejemplo, un escollo difícil de salvar es la propia noción de contrato<sup>111</sup>).

En el ámbito más restringido del Derecho de la contratación, el «modelo legal» inspiró el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, el CEC, publicado en el 2001<sup>112</sup> y realizado por la *Academia de Iusprivatistas Europeos*, con sede en Pavía, o

<sup>109</sup> Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C., y otros, *Código europeo de contratos. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía)*, Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos de los Mozos. T.I, Madrid, ed. Dykinson-Univ. De Burgos, 2003, pp. 15 y ss.

<sup>110</sup> ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho privado europeo*, tr. De VAQUER ALOY, A., Madrid, Civitas, 2000, p. 25.

<sup>111</sup> *Vid infra* apartado VII. 4.

<sup>112</sup> GANDOLFI, G., *Code Europeen de contracts. Avant-projet*, Livre Premier, Milano, Ed. Giuffrè, 2001.



*Comisión GANDOLFI*, como se la conoce popularmente. Para la redacción del CEC, la Comisión se inspiró en el *Contract Code*, redactado por H. MCGREGOR en el año 1969 para la *Law Comision* inglesa, y en el Código civil italiano de 1942 (por que tenía influencias del Código francés y del BGB alemán) quizás, sea éste el motivo por el que se ha llegado a afirmar que el CEC «no es más que el Código italiano con retoques»<sup>113</sup>. El *Proyecto GANDOLFI* supone un verdadero Código en materia de obligaciones y contratos cuya aplicación podría ser obligatoria o facultativa según lo acordado por los contratantes<sup>114</sup>.

En el ámbito europeo, son muchas las opiniones contrarias a la codificación o a una amplia intervención legislativa que desemboque en la elaboración y promulgación de un Código<sup>115</sup>. Y es que, si bien hay que reconocer que a través del «sistema legal» se ha llegado a un proceso de unificación normativa en aspectos concretos del Derecho privado (v. gr. la propiedad intelectual, el Derecho de la competencia o la protección de consumidores), sin embargo, en mi opinión, este modelo dista mucho de ser el ideal<sup>116</sup>. La legislación que emana de los órganos comunitarios, provoca mayor

<sup>113</sup> ESPINOSA QUINTERO, L. «Hacia un sistema contractual «uniforme». Modelos comparados», *Civilizar* (Revista electrónica de difusión científica, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia), Enero 2004, consultada el 27-4-2006 en <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar>

<sup>114</sup> VATTIER FUENZALIDA, y otros, *El Código europeo...* cit., p. 144.

<sup>115</sup> Lo que resulta de la consulta realizada por la *Comisión de las Comunidades Europeas* a mediados de Julio de 2001, recogida en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo*, DOCE C 255, de 13 de septiembre de 2001. En ella se proponía un debate sobre los posibles caminos a seguir por la Comunidad europea en el proceso de unificación, proponiendo cuatro posibles opciones para acometer la unificación: I. *No actuar* y dejar que sea el propio mercado el que resuelva los problemas; II. *Fomentar la búsqueda de los principios comunes del derecho europeo* para reforzar la coordinación de los distintos Derechos nacionales. III. *Mejorar la calidad de la legislación comunitaria vigente* a través de la armonización de las directivas ya aprobadas y la extensión por analogía de las ya existentes. IV. *Adoptar una legislación comunitaria exhaustiva* que desemboque en la preparación y promulgación de un Código europeo.

De las numerosas respuestas emitidas por los distintos organismos comunitarios, gubernamentales, profesionales y universitarios podemos decir que la mayoría descarta la Opción I y hay una sólida mayoría a favor de la Opción II como fase intermedia para alcanzar la Opción IV- Más información sobre la propia comunicación y las respuestas dadas por los diversos organismos e instituciones europeas en ARROLLO I AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo», *La Ley*, núm. 5482, de 14 de Febrero de 2002, ref. D.50, p. 1788, t. 2.; MARTIN CASALS, M., (Conferencia) «*Reflexiones sobre la elaboración de los principios europeos de responsabilidad civil*», Conferencia pronunciada en el 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Granada, 14, 15 y 16 de Noviembre de 2002, se puede consultar en la siguiente dirección: <http://asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf> en pp. 5 y ss. del citado documento.

<sup>116</sup> Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La unificación del Derecho Privado en la Unión europea. Perspectiva», *Derecho Privado europeo* (coord. Sergio Cámara Lapuente), Madrid, ed. Codex, 2003, pp. 107 y ss., y sobre todo pp. 109-113, donde el autor rechaza con múltiples argumentos la unificación a través de la vía legislativa (el que hemos llamado «*modelo legal*»). Frente a este procedimiento, defiende la *no intervención* (Opción I en la propuesta de la *Comisión de las Comunidades Europeas*, vid. nota anterior) y que sean los propios operadores económicos los que, a través de la libertad de contratación, elijan las normas más efectivas para la regulación de su relación. Finalmente, se alcanzará un nivel elevado de uniformidad jurídica a través de la vía de la *armonización negativa* o de *mercado*. El autor sólo es partidario de la *armonización positiva* (intervención



complejidad y desarmonía al ser transpuesta a los Estados miembros<sup>117</sup>. Un ejemplo concreto lo encontramos en el ordenamiento jurídico español, que actualmente presenta tres regulaciones distintas del contrato de compraventa: en primer lugar, la regulación del Código civil, que nos presenta este contrato con caracteres semejantes a los que tenía en el Derecho romano clásico; en segundo lugar, la compraventa mercantil con las especialidades impuestas a la venta internacional de mercaderías por el Convenio de Viena de 1980 (CISG; *Convención Internacional of Sales of Good*) y, por último, la que afecta a consumidores, regulada por la Directiva 1999/44, de 25 de Mayo, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo*, y que fue transpuesta al ordenamiento jurídico español, no a través de la reforma del Código civil –como se hizo en Alemania en enero de 2002 y que extendió aquella regulación a toda clase de compraventas–, sino a través de una ley especial, la Ley 23/2003, de 10 de Julio, *de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, que aunque con un ámbito limitado de aplicación (art. 2), supone un cambio sustancial en relación con la tradicional regulación del contrato en nuestro ordenamiento<sup>118</sup>.

B) La segunda tesis postula la unificación del Derecho privado europeo a través de la recuperación de la unidad jurídica europea antes de la codificación, es decir, los defensores de esta tesis abogan por una revalorización del *ius commune*, en su período propiamente europeo (s. XV al XVIII), el llamado *usus modernus pandectarum*. Esta tesis no es aceptable fundamentalmente por dos motivos: En primer lugar, porque en la unificación del Derecho europeo, «la ciencia jurídica no puede descansar en la historia del derecho en sentido clásico. Puesto que el derecho europeo consiste hoy en una multiplicidad de sistemas jurídicos, y una conexión inmediata con el «viejo» ‘*ius commune*’ provocaría un cortocircuito científico, es preciso combinar la investigación histórica y la comparativista»<sup>119</sup>; en segundo lugar, porque esta opinión parte del error de considerar que en el período en que estuvo vigente el sistema del Derecho

---

del legislador centralizado) en casos muy limitados, como las normas imperativas cuando tiendan a reducir las posibles *externalidades* entre Estados o a corregir los resultados cuando éstos no sean los más eficientes desde el punto de vista social, las que configuran jurídicamente la estructura del propio mercado. Es éste según indica el autor- un proceso «*ciertamente, sutil*» que, en mi opinión, sólo alcanzará su objetivo a muy largo plazo, al menos en los ámbitos del Derecho que tradicionalmente se colocan fuera del Derecho Patrimonial. Comparto con el autor las críticas a la unificación por vía legislativa, pero considero que el procedimiento más eficaz para llegar a la unificación del Derecho europeo es a través del llamado «modelo doctrinal» en los términos y con los argumentos que se recogen a continuación en el texto.

<sup>117</sup> Cfr. ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado... cit.*, pp. 28-29.

<sup>118</sup> En relación con los nuevos principios que inspiran la Ley 23/2003 y que coinciden, en buena medida, con los ya proclamados en el Convenio de Viena, remitimos al trabajo de MORALES MORENO, A. M., «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC*, LVI, fasc. 4, Madrid, 2003, pp. 1610 y ss., donde el autor considera necesaria una reforma del Código Civil, reforma que iría en el sentido de ampliar a todo tipo de compraventas la regulación vigente hoy para consumidores en nuestro ordenamiento. *Vid.* también la «Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, (año 59, núm. 1988, de 1 de mayo de 2005), pp. 2076 y ss.

<sup>119</sup> ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho privado... cit.*, p. 60.

común, éste aseguró un Derecho uniforme para todo el continente europeo. Sin embargo, esto no fue así, ni siquiera en la etapa del Imperio romano: En Roma se aplicaba el antiguo *ius civile*, propio de los ciudadanos romanos, caracterizado por su rigidez y formalismo, corregido, ampliado, modificado a través de la labor de la jurisprudencia y del edicto del pretor (*ius honorarium*). En los demás lugares del Imperio, a los peregrinos o extranjeros, se les aplicaba su propio Derecho, pues se solían respetar las normas de los territorios conquistados, su «*ius civile*», entendido como el Derecho que cada pueblo ha creado para sí mismo y es el propio de cada ciudad<sup>120</sup>. Únicamente en el caso en que entrasen en conflicto ciudadanos de distintos lugares se acudía al Derecho de gentes (*ius gentium*), aquel conjunto de normas jurídicas reconocidas por los romanos para aplicar a los extranjeros en conflicto y que se caracteriza por ser un derecho más flexible, basado en la buena fe y la equidad y aplicable por el pretor peregrino. Posteriormente, cuando en el año 212 d.C. la *constitutio antoniniana* extiende la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio, observamos un periodo, en los años inmediatamente posteriores, en el que los emperadores y sus cancillerías se esfuerzan especialmente por indicar a los provinciales cuál es el derecho aplicable. Es entonces cuando las instituciones propiamente romanas interaccionan con instituciones de derecho extranjero, que lo influyen notablemente en muchos aspectos, como por ejemplo en la espiritualización de la tradición o en el campo de la *stipulatio* y la pérdida del formalismo que la caracteriza, etc., dando como resultado la aparición del llamado Derecho Vulgar.

De modo que, el *ius commune* –Derecho romano con influencias del Derecho canónico– fue aplicado en el territorio europeo *in subsidium* (y aún hoy viene considerado como fuente del Derecho comunitario europeo<sup>121</sup>) al conjunto de *iura propria*, y en Inglaterra –aunque se habla de Derecho común (*common law*)– este ordenamiento vino construido fundamentalmente con base en la *equity*.

Fue precisamente la nota de supletoriedad del Derecho común lo que más contribuyó a su difusión y recepción en Europa. Frente a los autores que hablan de una simple «tradición de textos» hay que decir que, este Derecho, en cuanto reconocido como subsidiario, es Derecho vigente y aunque es verdad que no está conformado por normas en sentido estricto, sino por textos, éstos no sólo recogen instituciones y

<sup>120</sup> Vid. sobre este sentido del *ius civile*, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, I., 11ª edic., Madrid, Ed. Tecnos, 2003, p. 33.

<sup>121</sup> Los tribunales de la Unión Europea han recurrido al Derecho romano y al *ius commune* en las *rationes decidendi* de sus resoluciones. Vid. CASINOS MORA, F. J., «¿De Bolonia a Bruselas? El derecho romano ante la unificación del derecho contractual europeo. Notas críticas», *Derecho patrimonial europeo*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 75-76. En este sentido, Federico FERNANDEZ DE BUJÁN [«Aportación del derecho romano al proceso de elaboración del derecho de la Unión europea», *SDHI*, 64 (1998), pp. 532 y ss.] afirma que el Derecho romano ha sido considerado tácitamente una fuente del Derecho comunitario, pues el TJCE ha recurrido en innumerables ocasiones a los principios generales del Derecho, los cuales hunden sus raíces en Derecho Romano.

reglas, sino también soluciones prácticas, valoraciones equitativas y análisis dogmáticos que como Derecho aplicable, pueden y deben utilizarse para colmar las lagunas del sistema normativo. En los pocos lugares en que el Derecho romano no fue reconocido como subsidiario (v.gr. algunos territorios del Norte de Francia) se le consideró la *ratio scripta*, «soluciones razonables» que autorizaban al intérprete a utilizarlo en la función de reintegración normativa.

Si bien esto pudiera ser discutido, lo que no puede negarse es que el Derecho Romano es un elemento de unificación jurídica, pues los *libri iuris* son los materiales con los que se forman, en aquel momento, los juristas europeos y los prácticos del Derecho en el sentido del término alemán *Rechtswissenschaft*, aprendiendo en las fuentes romanas los métodos jurídicos que les sirven para el planteamiento técnico de los problemas y su debate dialéctico. De este modo, podemos hablar en este período de la unidad de la ciencia jurídica, pues –como afirma CANNATA<sup>122</sup>– aunque la información fuese diversa (los ordenamientos y especialidades de cada región o nacionalidad) la formación era la misma, y cambiar la información es cosa rápida; para cambiar la formación es necesaria toda la vida.

Fue a raíz de las codificaciones del XIX, cuando los juristas y la doctrina científica se preocupan primordialmente del estudio e interpretación de su propio Derecho nacional. A partir de entonces, aunque los distintos ordenamientos europeos descienden del tronco común del Derecho Romano<sup>123</sup>, se desconocen y no se indagan los fundamentos que los hacen diferentes, para acabar considerando el Derecho de sus vecinos completamente extraño al suyo. Ante esta realidad, en los últimos años se ha abierto paso –en la doctrina científica, entre quien destaca ZIMMERMANN<sup>124</sup>–, la idea de que el nuevo jurista europeo debe intentar aproximarse a los distintos ordenamientos nacionales a través del estudio histórico-comparado.

<sup>122</sup> CANNATA, C.A., «L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico», *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiale per un corso di diritto romano*. A cura di Letizia VACCA, Torino, Giappichelli, 1997, p. 5

<sup>123</sup> En este sentido, afirma VAQUER ALOY: «No puede orillarse el papel del Derecho romano-canónico en la configuración de los actuales ordenamiento jurídico privados europeos... Esta historia jurídica y cultural común de los países de Europa Occidental es evidente que tiene que constituir el fundamento sobre el que en un futuro más o menos lejano pueda levantarse el edificio de un verdadero derecho privado». VAQUER ALOY, A., «La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo», *La Ley*, n.º. 5535, Jueves, 2 de mayo de 2002, (D.119, t.III) p. 1603

<sup>124</sup> Reinhard ZIMMERMANN, uno de los más autorizados juristas europeos, es Catedrático de Derecho civil, Derecho romano y Derecho histórico comparado en la Universidad de Resenburg, formó parte de la Comisión LANDO (integrada, hoy, en buena medida en el *Study Group on a European Civil Code*, presidida y coordinada por VON BAR), y es el Director del *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*.

### 3. La idea de ZIMMERMANN: El nuevo Derecho común europeo y el método histórico comparativo

La idea de ZIMMERMANN, ante el reto de la unificación del Derecho privado en Europa, es la creación de un «nuevo Derecho común europeo» a través del estudio histórico-comparativo que permitirá a la doctrina científica la búsqueda de los «*principios*» que subyacen en los distintos ordenamientos nacionales. Su postura es desfavorable a la codificación (modelo legal) pues afirma: «*sigue siendo cuestionable si la promulgación de un Código civil europeo es hoy practicable o incluso deseable. Por eso, automáticamente surge la pregunta relativa a la actualidad del programa de Savigny, esto es, si en primer lugar es necesaria la creación de una ciencia jurídica «que pueda ser común a toda Europa» y que sea capaz de edificar los cimientos sobre los que descansa el derecho privado europeo*»<sup>125</sup>. Y en otro lugar, se dice, «*En su opinión (de ZIMMERMANN), no es posible, una verdadera reunificación jurídica de Europa si no se realiza una labor previa de comprensión de las diversas variedades jurídicas nacionales a partir de su nexo histórico común (...) por ello, propone buscar los fundamentos ideológicos, sistemáticos y conceptuales comunes a los distintos derechos privados nacionales para, de este modo formar el núcleo de un nuevo derecho común europeo que pueda constituir la base de un Código civil para toda Europa*»<sup>126</sup>.

De este modo, la búsqueda de los *principios comunes* no excluye el modelo legal, sino que ambos constituyen dos etapas necesarias y sucesivas dentro del largo y laborioso proceso de la unificación. El primero constituye la fase previa y preparatoria del segundo que es la meta final y definitiva de dicho proceso<sup>127</sup>.

Esta idea de la búsqueda de los «principios generales comunes» que informan el Derecho privado europeo ocupa actualmente un lugar destacado en el proceso de unificación<sup>128</sup> y ha concitado interés y apoyo, también, por parte de la doctrina española<sup>129</sup>, inspirando numerosas iniciativas, tanto a nivel internacional (UNIDROIT,

<sup>125</sup> ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado... cit.*, p. 29.

<sup>126</sup> *Vid.*, el prólogo de Antoni VAQUER ALOY, traductor del libro de ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado... cit.*, p. 12-13.

<sup>127</sup> VATTIER FUENZALIDA y otros, *Código civil europeo... cit.*, p. 17.

<sup>128</sup> Y ello, a pesar de que las dos Resoluciones del Parlamento Europeo que plantearon por primera vez el asunto de la unificación desde un punto de vista institucional, sugerían la elaboración de un «*Código europeo común de derecho privado*», la de 26-5-1989 y de 6-5-1994, recogidas en el DOCE C 158, pp.400-401 y en el DOCE, C 205, p. 518. Sin embargo, la última Resolución del Parlamento Europeo, de 15-11-2001, *relativa al proceso de armonización de los Estados miembros*, omite expresamente la calificación de «código» en relación con el instrumento a emplear para conseguir la unificación y ello obedece a un cambio de dirección en la Unión europea que apuesta decididamente por un Derecho común europeo como línea de investigación prioritaria. *Vid.* ARROYO I AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso... *cit.*», p. 1788 y ss.

<sup>129</sup> Entre los que podemos citar, a modo meramente ejemplificativo, entre los romanistas a Emilio VALIÑO DEL RIO, Alejandro VALIÑO ARCOS y Javier CASINOS MORA e igualmente, se encuentra trabajando en

publicados en 1994<sup>130</sup>) como europeo, donde, de nuevo en el ámbito del Derecho de obligaciones, se han publicado entre 1995 y 2002, los «Los principios de Derecho contractual europeo» (PECL) redactados por la Comisión de Derecho Contractual Europeo, encabezada por Ole LANDO que venía trabajando en este proyecto desde 1982 bajo los auspicios de la Unión Europea. En el mismo sentido, trabaja el denominado *Study Group on the European Civil Code*, integrado en parte por la extinta *Comisión Lando* y coordinado por Christian VON BAR, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Osnabrück. Este grupo aspira a redactar un Código de Derecho civil europeo que en principio regularía el Derecho patrimonial (Derecho de obligaciones y Derecho de cosas) a través de la promoción y desarrollo de los *Principios*, que son un conjunto de reglas elaboradas por la doctrina que obligarán en la medida en que vengan adoptadas voluntariamente por los distintos países<sup>131</sup>.

Este método de trabajo –con el que estoy de acuerdo– supone un gran esfuerzo al estudioso del Derecho pues comporta, no sólo la superación de las barreras territoriales (Derecho comparado), sino también las «temporales» (o, podríamos decir, interdisciplinarias) pues el nuevo jurista europeo debe aspirar a ser un *iusprivatista* con conocimientos no sólo de Derecho civil, sino también procesal y por supuesto de Derecho Romano y de Historia del Derecho.

#### 4. Breves consideraciones sobre las aportaciones del estudio histórico a la Ciencia del Derecho

Pero centrémonos por un momento en lo que puede aportar a la ciencia del derecho, el estudio histórico de una institución. Este método nos proporcionará información sobre en qué momento, de qué modo y cuándo se distanciaron los modernos

---

este sentido, Alejandro GUZMAN BRITO, miembro de la *Academia de iusprivatistas europea*. Entre los civilistas podemos citar a Luis DíEZ PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y Antonio Manuel MORALES MORENO que han realizado la traducción y comentarios a los *Principios LANDO*; también Antonio VAQUER ALOY, traductor de parte de la obra de ZIMMERMANN, y Esther ARROYO I AMAYUELAS, que presenta, coordina y anota la recopilación de textos jurídicos básicos europeos, citada en el presente trabajo, Miguel MARTÍN CASALS, que pertenece desde 1998 al llamado *European Group on Tort Law*, conocido también como el *Grupo Tilburg* o *Spier-Kozioł Group* que trabaja en la elaboración de unos *Principios de responsabilidad civil*, Mari Paz GARCÍA RUBIO, Sergio CAMARA LAPUENTE y Santiago ESPIAU ESPIAU. Igualmente, trabaja en el mismo sentido, el profesor de Derecho internacional privado, Sixto SANCHEZ LORENZO.

<sup>130</sup> BONELL, M. J., *An International Restatement of contract law: The Unidroit principles of international commercial contracts*, New York, 1994.

<sup>131</sup> Vid. presentación de Esther ARROYO I AMAYUELAS a la edición española del libro de SCHULZE, R. y ZIMMERMANN, R., *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, presentación, coordinación, estudio preliminar y anotaciones de E. ARROYO I AMAYUELAS, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2002, p 11 y ss. donde se puede encontrar una selección de estos principios comunes.

ordenamientos jurídicos y si los motivos son económicos, jurídicos o políticos o simplemente producto de una interpretación peculiar de textos jurídicos (el caso de Savigny y el contrato real abstracto, visto más arriba) o si se debe a simples excentricidades de la codificación y desde esta perspectiva podremos investigar hasta qué punto esas diferencias son esenciales o no y cuál es el camino más idóneo para su armonización. Podremos conocer porqué se adoptó una solución u otra en cada Código nacional y hacer una valoración crítica más rigurosa de la mismas. Igualmente, nos permitirá conocer, si de una forma paulatina, se han ido abandonando, o no, las singularidades que presentaba la institución en la época romana.

Así mismo, esta metodología nos permitirá observar cómo muchas de las soluciones adoptadas por los distintos sistemas europeos sobre una misma institución, están ya recogidas en las fuentes romanas, producto de la evolución de la figura jurídica en las distintas etapas de desarrollo de aquel ordenamiento. Y ésta, no es una cuestión baladí, pues es relativamente frecuente oír a estudiosos de otras disciplinas afirmaciones como que «el Derecho romano se caracteriza por el formalismo del negocio jurídico», lo cual sólo puede afirmarse categóricamente para la época más antigua. Y es que no debe perderse de vista que el Derecho romano no es un ordenamiento estático, al contrario, al ser un Derecho eminentemente casuista está muy apegado a la realidad y a los cambios sociales, políticos y económicos que se produjeron durante sus casi XIII siglos de evolución, que determinaron cambios importantísimos en todos los sectores del Derecho. Así por ejemplo, un importante cambio de concepción se produjo en el campo del Derecho de familia y del Derecho sucesorio al darse cabida por vía pretoria a la familia cognaticia (unida por vínculos de sangre), frente a la familia agnaticia (conjunto de personas sometidas al poder (*potestas*) de un jefe común de casa (*paterfamilias*), única reconocida por el *ius civile* durante mucho tiempo. Otro cambio sustancial se produjo cuando, por las necesidades del tráfico jurídico (al no poder acceder los peregrinos a la *mancipatio* o la *stipulatio*), se acogieron los contratos consensuales por el pretor urbano, lo cual conllevó un importante cambio en la propia noción de contrato.

Detengámonos en este punto: Para los romanos, al menos desde la época clásica, el contrato se concibe como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, reconocido por el derecho civil y destinado a crear obligaciones<sup>132</sup>, y se reservan los

---

<sup>132</sup> Los juristas del s.II y III d.C afirman ya que en todo contrato hay una convención, pero ésta no es suficiente para crear un vínculo obligatorio. El *ius civile* exige que el acuerdo tenga una forma (*re, verbis, litteris*) vinculante para convertirse en contrato. Incluso, para los llamados contratos consensuales que se perfeccionan por el mero consentimiento (*consensus*) se establece que deban recaer sobre figuras tipificadas en el propio ordenamiento. Por su parte, el pretor a través de su edicto promete garantizar los pactos convenidos (*pacta conventa servato*) siempre que no sean contrarios a la ley (leyes, plebiscitos, Senadoconsultos y decretos de los Príncipes), ni en fraude de ley. El pretor defiende estos acuerdos por vía de excepción (*exceptio pacti*) o a través de acciones *in factum* para convenciones análogas a los negocios contractuales reconocidos por el Derecho civil, como en el caso de los contratos innominados.



términos *pactum*, *conventio* o *consensus* para hacer referencia al mero acuerdo de voluntades, aplicándose la regla según la cual *ex nudo pacto obligationem non parit*<sup>133</sup> (del mero pacto no surge obligación<sup>134</sup>). Frente a esta concepción, los ordenamientos jurídicos modernos, salvo el *common law* –como ya ocurriera en Derecho Justiniano<sup>135</sup>– consideran que todo acuerdo de voluntades con fin lícito y destinado por las partes a crear obligaciones está protegido por la ley. De modo que de forma gráfica podemos decir que, mientras para el Derecho actual –salvo el anglosajón– se formula una noción abstracta de contrato y los términos convenio, pacto, consentimiento o contrato son términos equivalentes, el Derecho romano clásico nos ofrece una lista de contratos pues sólo son considerados como tales aquellos convenios a los que el ordenamiento atribuye el efecto de crear obligaciones (acuerdo más causa civil). Por su parte, el *common law* construye la noción de contrato tomando del Derecho romano la idea de la *consideration*, basada en la regla según la cual *ex nudo pacto actio non oritur*<sup>136</sup> y considerando contratos a los «acuerdos» provistos de *consideration*, que no es más que la causa en el sentido en que la formula ARISTÓN<sup>137</sup> sobre el pensamiento de LABEÓN.

ARISTÓN hace el intento de contractualizar negocios unilaterales que no eran considerados contratos por LABEÓN, pues éste ofrece una noción general de contrato limitada a aquellos negocios bilaterales de los que surgen obligaciones para ambas partes (*ultra citroque obligationem*<sup>138</sup>). Su punto de partida fueron las llamadas *dationes ob rem* (después contratos innominados), del tipo *do ut des* y *do ut facias*. Estas operaciones suponen un acuerdo previo, pero éste no obliga a nada hasta que

<sup>133</sup> D.2.14.7.4. (ULP. l.4 ad ed.).- ... *Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*.

<sup>134</sup> Este principio fue flexibilizándose a favor de la libertad de contratación, a través de tres vías: 1º.- los llamados pactos vestidos, que son aquéllos que tienen reconocida una acción para su protección, y que se dividen en pretorios, v.gr. la constitución de deuda ajena, legítimos cuya protección deriva de una ley o fuente asimilada a la ley y los llamados *adiecta* (añadidos) a los contratos de buena fe, ya fuesen *in continenti* o *ex intervallo*, que se protegían y eran exigibles por la acción que surge del propio contrato. 2º.- los contratos consensuales, que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes sin necesidad de ningún otro elemento formal o real y 3º.- el reconocimiento de la nueva categoría de los contratos innominados, protegidos por una acción única, la acción de palabras prescrites, y que la jurisprudencia solía conceder, siempre que una de las partes hubiese adelantado su prestación, pues eso era lo que le facultaba para exigir el cumplimiento de la contraprestación.

<sup>135</sup> Es preciso llegar a esta época para ver afirmado, como elemento preponderante, el subjetivo: la *voluntas*, el acuerdo haciendo comprender en la *conventio* tanto el pacto como el contrato. Cfr. IGLESIAS, J., «Derecho Romano. Instituciones de derecho privado», 9ª edic., Barcelona, Ed. Ariel, 1985, p. 475.

<sup>136</sup> BLACKSTONE, W. *Commentaries on the laws of England*, II, London ed. Dawsons, 1966 (edición facsímil de la 1ª ed. 1723-1780) p.445.

<sup>137</sup> D.2.14.7.2 (Ulp. l.IV ad ed.).- *Sed et si in alium contractus res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondis, esse obligationem: utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc óñtÜëääiä esse, et hinc nasci civilem obligationem*. (Pero si la cosa no pasare a otro contrato y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso, que había obligación; por ejemplo te dí una cosa para que me dieras otra; dí para que hagas algo, esto es [contrato].

<sup>138</sup> D.50.16.19 (Ulp. l.XI ad ed.): ... «*contractum*» *autem* *ultra citroque obligationem* («contrato» significa obligación de una y de otra parte).



una de las partes adelanta su prestación (*dare*). Entonces surge, para el que recibe, la obligación de devolver si no cumple la contraprestación acordada (dar o hacer algo). De esta forma la obligación no nace de la convención, sino de la dación. Para conseguir la devolución, el que adelantó su prestación cuenta con la *condictio causa data causa non secuta*. Estas figuras no podían considerarse contractuales –en el sentido en que lo entendió LABEÓN– por faltar la bilateralidad de la obligación.

El paso que dio ARISTÓN fue establecer que, supuesta la *datio rei* inicial (que él llama causa), el acuerdo antecedente de las partes obligaba a la contraparte, no ya a devolver, sino a cumplir con lo que de él se esperaba según aquella convención previa a través de la acción de palabras prescritas.

Este concepto de causa fue retomado y reelaborado, tras un importante esfuerzo de construcción doctrinal<sup>139</sup>, por la jurisprudencia medieval<sup>140</sup> y en él se basan los *common lawyers* para construir la doctrina de la *consideration*. De este modo, podemos decir que el concepto de contrato que maneja el Derecho inglés deriva del Derecho común continental. Para CANNATA<sup>141</sup>, lo que cambia es la forma de operar de cada uno de estos sistemas, así, mientras el *civil law* suele partir de la regulación exhaustiva de una serie de contratos típicos o nominados y es tal su influencia, que cuando aparece una figura nueva, un contrato atípico, que adquiere cierta importancia práctica, la doctrina y la jurisprudencia delimitan sus elementos de modo preciso, de forma que los civilistas no operan prácticamente nunca con la noción general de contrato. Sin embargo, el juez inglés, ante cualquier acuerdo de voluntades con contenido patrimonial se pregunta si se puede considerar contrato, pues el Derecho inglés es primordialmente *case law*, aunque en los últimos años hayan proliferado leyes formales aprobadas por el poder legislativo correspondiente (*statutes*), resolviendo la cuestión a través de la aplicación de la noción general de contrato. Por este motivo, afirma CANNATA, que eliminar la exigencia de *consideration* representa el medio más seguro de perder el auténtico elemento unificador de los dos sistemas.

Sea como fuere, lo que deriva de lo dicho hasta aquí es que el método histórico-comparativo se presenta como el más adecuado para abordar la coordinación, nunca acometida antes, entre las instituciones del *civil law* y el *common law* y avanzar en el

<sup>139</sup> Se puede ver con detalle la evolución de la causa del contrato en la época medieval en el trabajo de GUZMÁN BRITO, A., «Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana», *Revista de Estudios histórico jurídicos*, 23, Valparaíso, 2001, pp. 209 y ss. consultada en la siguiente dirección: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552001002300006&script=sci\\_arttext&tlng=es#257](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552001002300006&script=sci_arttext&tlng=es#257) [fecha de consulta: 3-5-2006.]

<sup>140</sup> JASON DE MAYNO, (1435-1519) *Commentaria ad D.2.14.7.4.*, núm. 1. *Conventio innominata non vestita implemento iustae causae remanet nuda: ideo non parit obligationem efficacem, et sic nec actionem.... Sed pactum nudum dicitur, cui non subest causa.*: «Una convención innominada no vestida por el cumplimiento de una justa causa permanece nuda: y por esto no engendra obligación eficaz, y así tampoco acción... Pero pacto nudo se llama a aquél que no tiene una causa debajo».

<sup>141</sup> CANNATA, «L'unificazione del diritto europeo... *cit.*», p.7.

proceso de armonización de ambos elementos. No hay que olvidar que uno de los Estados miembros más reacio a la elaboración de un Código de Derecho privado europeo es precisamente Gran Bretaña<sup>142</sup>.

## 5. Conclusiones

En conclusión, de todo lo dicho, debe quedar claro, que con esta nueva metodología, el estudio del Derecho romano deja de ser un fin en sí mismo, cuyo análisis interesa únicamente al estudioso de esta disciplina, para pasar a ser «un instrumento al servicio de la búsqueda de los rasgos comunes que subyacen bajo el manto de la diversidad jurídica europea y, por consiguiente, capaces de ofrecer resultados útiles a los iusprivatistas»<sup>143</sup>. De modo que ya no se trata – o mejor, no se trata sólo– del análisis de una institución en la época clásica o, a lo sumo, hasta llegar al Derecho justiniano, sino que –como señala ZIMMERMANN<sup>144</sup>– será necesario «centrar el interés en los muchos siglos que separan el derecho romano de nuestro tiempo presente».

Desde luego que debemos seguir estudiando con el mismo rigor científico –con el que se ha venido haciendo– las distintas instituciones jurídicas, en el contexto en que se originaron y se desarrollaron, a través de la exégesis de los textos y el análisis de las opiniones doctrinales. La propuesta consiste en añadir a nuestras investigaciones el estudio de la posterior evolución de las instituciones y principios de origen romano en la época de la Recepción, para demostrar –o, en su caso, refutar– que informan y, aún, en muchos casos, están operativas, en los ordenamientos jurídicos actuales de base romana.

## BIBLIOGRAFÍA

AAVV., *Juristas Universales*, 4 vols., Rafael Domingo (Ed.), Madrid-Barcelona, Ed. M. Pons, 2004

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: Perspectiva», *Derecho Privado Europeo*, Sergio CÁMARA LA PUENTE (Coordinador), Madrid, Ed. Colex, 2003, p. 107 y ss.

---

<sup>142</sup> Vid. la respuesta de este gobierno a la *Comunicación de la Comisión de las Comunidades europeas* de 11 de Julio de 2001, recogida *supra* en nota. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001) 398 final, Official Journal 2001/C255/01): [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/summaries/sum\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/summaries/sum_en.pdf) (fecha de consulta: 3-5-2006)

<sup>143</sup> Prólogo de VAQUER ALOY, a la traducción de la obra de ZIMMERMANN, *Estudios de derecho privado... cit.*, p. 13

<sup>144</sup> ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho privado... cit.*, p. 55.

- ALVAREZ SUAREZ, U., *El problema de la causa de la tradición*, Madrid, 1945, 137 págs.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*, I, 2ª edic., Napoli, ed. Jovene, 1961; (t.II, Napoli, Ed. Jovene) 1954), 537 págs.
- ARROYO I AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A., «Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo», *La Ley*, n.º. 5482, Jueves, 14 de febrero de 2002 (D.50, t.II) pp. 1788 y ss.
- BÄHR, O., «Zur Beritzlehre», *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts*, 26 (Jena, 1888) (Edic. facsímil Frankfurt, 1967), p. 320.
- BEHREND, O., «*Iusta causa traditionis*. La trasmissione della proprietà secondo il *ius gentium del diritto classico*», Seminarios complutenses de Derecho romano, IX-X (1997-1998), p. 133 y ss.
- BELDA MERCADO, J., *Presupuestos romanísticos de la transmisión de la propiedad y compraventa en la dogmática jurídica moderna*, Granada, Ed. Comares, 2001, 331 págs.
- BERCOVITZ ALVAREZ, G., *Tradición instrumental y posesión*, Madrid, Ed. Aranzadi, 1999, 370 págs.
- BETTI, E., «Crítica de los sistemas de transmisión» (Conferencia), Primer Congreso de Derecho Registral, Madrid, 1961, p. 325 y ss.
- BIROCCHI, I., «Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune», *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, *Atti del Congresso Intenazionale*, A cura di Letizia Vacca, Milano, Ed. Giuffrè, 1991, pp. 455 y ss.
- BISCARDI, A., «La prassi delle influenze provinciali sulla regola *'emptio dominium transfertur'* nella realtà giuridica del tardo Impero», *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, *Atti del Congresso Intenazionale*, A cura di Letizia Vacca, Milano, Ed. Giuffrè, 1991, 139 y ss.
- BLACKSTONE, W. *Commentaries on the laws of England*, II, London ed. Dawsons, 1966 (edición facsímil de la 1ª ed. 1723-1780)
- BONELL, M. J., *An International Restatement of contract law: The Unidroit principles of international commercial contracts*, New York, 1994.
- BONFANTE, Corso di diritto romano. *La proprietà*, II/2, Milano, ed. Giuffrè, 1968, (reimpr. Revisada de la 1ª ed., Roma, 1926).
- CANNATA, C.A., «L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico», *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiale per un corso di diritto romano*. A cura di Letizia VACCA, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 3 y ss.
- CASINOS MORA, F. J., «¿De Bolonia a Bruselas? El Derecho romano ante la unificación del derecho contractual europeo. Notas críticas», *Derecho patrimonial europeo*, Coordinadores Guillermo Palau Moreno y otros, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2003, pp. 67 y ss.
- CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en el sistema de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, ed. Bosch, 1996.
- CUIGNET, Roger, «De la «*iusta causa traditionis*» et des fragments 36. *D de adq. rer. dominio*, 41.1 et 18 (18.1), *D. de reb. Cred.*, 12.1», *RIDA*, 6 (1959), págs. 293 y ss.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 10ª edic., Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- ESPÍN, D. E., «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español», *RDP*, (año 39), n.º. 339, (1945), pp. 349 y ss.

- ESPINOSA QUINTERO, L. «Hacia un sistema contractual «uniforme». Modelos comparados», *Civilizar (Revista electrónica de difusión científica*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia), Enero 2004, consultada el 27-4-2006 en <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar>
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., «Inesenciabilidad de la obligación de transmitir la propiedad como derivada de contrato de compraventa y validez de venta de cosa ajena», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1 (1998) p. 175 y ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Compraventa», *Materiales para el estudio del derecho*, Madrid, 2004, 20 págs en <http://www.iustel.com> (fecha de consulta 3 de Junio de 2006)
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, 3ª edic., Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., «Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión europea», *SDHI*, 64, 1998, pp. 532 y ss.
- GANDOLFI, G., *Code Europeen de contracts. Avant-proyect*, Livre Premier, Milano, Ed. Giuffrè, 2001.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario arts. 1445 a 1541», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t.XIX, Madrid, EDESA, 1980, p. 72 y ss.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, «Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código Civil español», *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, *Atti del Congresso Intenazionale*, A cura di Letizia Vacca, Milano, Ed. Giuffrè, 1991, p. 341 y ss.
- GUZMAN BRITO, A., «Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana», *Revista de Estudios histórico jurídicos*, 23, Valparaíso, 2001, p. 209 y ss. Consultada en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552001002300006&script=sci\\_arttext&tlng=es#257](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552001002300006&script=sci_arttext&tlng=es#257) [fecha de consulta: 3-5-2006.]
- JEREZ DELGADO, *Tradición y registro*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 2004, 340 págs.
- KASER, M., *Compraventa transmisión de la propiedad en el Derecho Romano y en la dogmática jurídica moderna*, Valladolid, 1962, 44 págs.
- MARTIN CASALS, M., (Conferencia) «Reflexiones sobre la elaboración de los principios europeos de responsabilidad civil», Conferencia pronunciada en el 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Granada, 14, 15 y 16 de Noviembre de 2002, se puede consultar en la siguiente dirección: <http://asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf> [fecha consulta: 3-5-2006]
- MERINO GUTIERREZ, A., «¿Es abstracto el consentimiento formal en el sistema inmobiliario alemán?», *RCDI*, año 69, nº. 616, (mayo-Junio 1993), pp. 976 y ss.
- MIQUEL, J., «La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos», *AHDE*, 36 (1941), pp. 515 y ss.
- MIQUEL, J. M.<sup>a</sup>, «Aspectos de la responsabilidad del vendedor por defectos jurídicos», en *Homenaje al Profesor Mariano Alonso* (en prensa).
- MORALES MORENO, A.M., «Adaptación del Derecho civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC*, 56 fasc 4 (octubre-diciembre), Madrid, 2003.
- PAU, A., *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*, Madrid, Cuadernos de Derecho registral, 2004.

- «Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», Boletín de información del Ministerio de Justicia, año 59, núm. 1988, de 1 de Mayo de 2005.
- RANIERI, F., «Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto», TI, 38 (1970), p. 315 y ss.
- RICCA-BARBERIS, M., «L'obbligo nascente dall'evizione e quello da trasferire la proprietà», *Studi in onore de V. ARANGIO-RUIZ nel XLV anno del suo insegnamento*, v. III, Napoli, Ed. Jovene, 1954, pp. 261 y ss.
- RICCOBONO, S., «*Traditio ficta*», ZSS, 33 (1912), pp. 259 y ss.
- RICCOBONO, S., «*Traditio ficta* (Fortsetzung)», ZSS, 34 (1913), pp. 159 y ss.
- ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>., «La venta de cosa ajena», *Estudios de Derecho Privado I. Obligaciones y contratos*, Madrid, Ed. Rev. de D. Priv., 1948, pp. 364 y ss.
- SCHULZE, R. y ZIMMERMANN, R., *Textos básicos del Derecho privado europeo. Recopilación*, presentación, coordinación, estudio preliminar y anotaciones de E. ARROYO I AMAYUELAS, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2002.
- VAN VLIET, L.P.W., *Iusta causa traditionis* and its history in European Private Law, *European Review of Private Law*, 3, 2003, p. 342 y ss.
- VAQUER ALOY, A., «La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo», *La Ley*, n<sup>o</sup>. 5535, Jueves, 2 de mayo de 2002, (D.119, t.III) p. 1603 y ss.
- VARELA GIL, C., «La *iusta causa* en la *traditio* romana», *Estudios en homenaje al prof. Amorós Guardiola*, t. II, Madrid, 2006 (en prensa)
- VATTIER FUENZALIDA, C., y otros, *Código europeo de contratos. Academia de isuprivatistas europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos de los Mozos*, t.I, Madrid, ed. Dykinson-Univ. De Burgos, 2003.
- VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*, reimpr. Roma, ed. Ricerche, 1977.
- ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho privado europeo*, tr. de VAQUER ALOY, A., Madrid, Civitas, 2000.